جـــامعـــة الجزائـــر

كلـــية الحقوق و العلـــوم الاداريـــة

بحـــث لنيل شهـــادة المـاجستير

بعنـــوان

شـروط التحكـيم

في العقـــود الاقتصـــاديـــة الدولية

من اعداد نورالدين ابن الشيخ



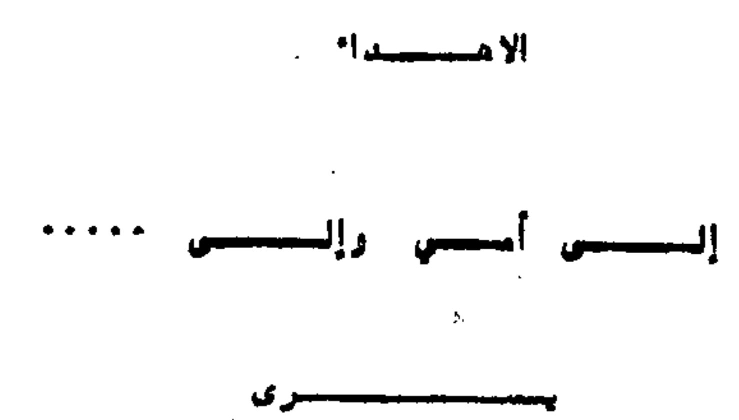
تحت إشراف الدكتور رياض عيسى

اعضاء اللجنة :

الاستاذ ________________ رئيسا

الأستاذ ________________ عضوا

الأستاذ ________________ عضوا



الاهـــــداء

إلـــــى أمـــي وإلـــــى .....

يســـــــــرى

مقدمـــــة :

لقد أصبح التحكيم اليوم الوسيلة المفضلة لتسوية المنازعات بين الدول و مواطني الدول الاخرى . والجزائر بحكم اقتصادها النامي وحاجتها الى معرفة وتكنولوجية و تجارب الدول الاخرى فلم تبــق بعيدة عن هذه الحركــة التي تهدف الى الابتعاد بصفة كلية عن هيمنة المحاكم الدولانية . و لذلك غالبــا ما تضطر هي أيضا الابتعاد عن محاكمها الوطنية للمثول أمام المحاكـــــــم التحكيمية بصدد المنازعات التي نجمت من العقود التي أبرمتها مع المتعاملين الاجانب .

و الحقيقة أن المنازعات المطروحة أمام المحاكم التحكيمية الدولية والتي تهم الجزائر كثيرة جداء نظرا لكثرة الشروط التحكيمية التي أبرمتها . وعلى الرغم من أن هذا الأمر يصطدم بحاجز قانوني صارم يكمن في منع الدولة و المؤسسات العامة التابعة لها من الاتفاق على التسوية ، فان ما يمكن ملاحظته هـــو أن التعامل قد جاوز النصوص القانونيـــة .

و يلاحظ في هذا الاطار أن هذا الحاجز القانوني ، و بالاحرى النصوص القانونية المتعلقة بالتحكيم مقتبسة من القانون الفرنسي للاجراءات المدنيـــة القديم و لذا كانت الحلول المقترحة هي في الواقع حلولا متجاوزة وكلاسيكية جدا ، و يصعب علينا معرفة رأى المشرع أو الدوافع الى أدت به الى اتخاذ مثل هذه الحلول نظرا لعدم وجود أعمال تحضيرية . أما بالنسبة لموقف القضاء في هذا الصدد ، فهو لم يتشكل بعد ، فالحلول القضائية نادرة وغير منشورة فلا يمكن أن نحصل على أية مساعدة من هذه الجهة .

ويضاف الى هذه الاعتبارات ندرة الدراسات الفقهية التي اقتصرت على تناول موضوع التحكيم والاعتناء به كوسيلة لتسوية المنازعات تاركة جانبا ، أساس هذه الوسيلة وركيزتها : شرط التحكيم . ويبدو أن هذا الاهمال راجع الى اعتبار شرط التحكيم كنص من نصوص العقد لا يختلف عن النصوص الاخرى التي يمكن أن يتضمنها العقد مثل الشروط النقدية أو شرط عدم المنافسة مما يثبت المعالجة البسيطة لطابعه الاجرائي .

ولهذه الأسباب ارتأينا أن تتناول بالدراسة شرط التحكيم ، كشرط يهدف الى تسوية المنازعات المحتملة التي يظهرها العقد الاساسي ، أي النصوص الاخرى التي يتضمنها العقد بمعنى كشرط له موضوع خاص ووظيفة خاصة تختلف عن موضوع ووظيفة العقد الذى يندمج فيه ، لنبرز التناقض بين الحياة العملية والنصوص القانونية ، مبينين الأصل التاريخي لهذا التناقض .

ولم تخلو هذه الدراسة من المشاكل وذلك راجع لاستحالة الحصول على قرارات تحكيمية تهم الدولة الجزائرية أو الهيئات العامة التابعة لها لكون أن التحكيم يتميز بالسرية ، وأما القرارات التحكيمية التي تحصلنا عليها والتي تعتبر كلها أجنبية فهي قرارات طرحت أمام المحاكم لطلب التنفيذ . أضف الى ذلك أن القضاء الجزائري حسب معرفتنا لم ينظر في هذه القرارات وحتى ان حصل فان أحكامه غير منشورة ، ولذلك لجأنا الى القضاء الفرنسي والقانون الفرنسي لكونهما يعتبران مصدر تاريخي لكل من القانون والقضاء الجزائريين .

ولهذه الأسباب سنتناول في البدء تحديد مفهوم التحكيم باعتباره غاية شرط التحكيم وهدفه ، وهذا التحديد يستلزم المقارنة بين شرط التحكيم واتفاق التحكيم لأن الكثير من الأحكام القضائية بل وحتى نصوص قانون الاجراءات المدنية الجزائري تخلط بين المفهومين في عدة نقاط (الفصل التمهيدي) .

لقد قسمنا موضوع الرسالة الى بابين : سيتناول الباب الأول دراسة نطاق تطبيق شرط التحكيم وشروط صحته ، نظرا لأهمية هذه الدراسة في تحديد ميدان حظر النصوص لطلب التحكيم وبيان الاشخاص الذين يهمهم هذا الحظر (الفصل الاول) ثم الوقوف عند الاصل التاريخي لهذا الحظر وتبيان شروط صحة شرط التحكيم (الفصل الثاني) .

أما الباب الثاني فسوف يخصص لدراسة استقلالية شرط التحكيم واثاره . فشرط التحكيم له وظيفة تختلف عن وظيفة العقد الاساسي لذلك يتميز عنه (الفصل الاول) . كما أن لشرط التحكيم اثار عديدة على المستوى الدولي ستكون محل دراسة في (الفصل الثاني) .

الفصل التمهيدى : مفهوم وطبيعة شرط التحكيم

ان التحكيم مفهوم واسع جدا • وقد يختلط التحكيم مع مفاهيم أخرى كالصلح ، الوكالة ،الخبرة ، الوساطة والتوافق[1] • وبالرغم من اختلاط هذه المفاهيم مع مفهوم التحكيم فلا مجال هنا لدراستها ، ولذلك سوف نقتصر على دراسة بعض المفاهيم التي تساعدنا على فهم موضوع الرسالة بل وتسير معنا في كل مراحل هذه الدراسة •

ان تسوية الخلافات الناتجة من تفسير أو من تنفيذ العقود الاقتصادية الدولية تجرنا الى التطرق الى دراسة مفهوم التحكيم (المبحث الأول) والحقيقة أن التسوية التحكيمية للخلافات الناتجة من العقود الاقتصادية الدولية تستند على تضمين شرط التحكيم في البنود التي يتضمنها العقد وتتجلى ، بالتالي ، ضرورة دراسة شرط التحكيم وطبيعته القانونية (المبحث الثاني) •

المبحث الأول : مفهوم التحكيم

ان التحكيم وسيلة بمقتضاها يبت في الخلافات التي تظهر بين المتعاقدين وتجرى هذه التسوية للخلافات خارج المحاكم الدولانية الرسمية أى خارج دائرة اختصاص القاضى ولا يتدخل هذا الاخير الا في حالات نادرة جدا • وقد تكون هذه التسوية للخلافات اما تسوية دولية أو تسوية أجنبية أو تسوية وطنية •

والواقع لا يوجد شيء يحرضنا من الناحية النظرية تصور أنظمة لكل من التحكيم الداخلي ، الاجنبي ، أو الدولي ، فنصوص قانون الاجراءات المدنية[2] لا تفرق بينهما وتطبق ذات القواعد عليها • والحقيقة أن متطلبات التجارة الدولية أدت الى ابراز وتنمية قانون قضائي (في فرنسا خاصة) يميز خصوصية التحكيم الدولي بالنسبة

---

(1) من أجل مقارنة بين هذه المصطلحات ومصطلح التحكيم نحيل الى محمد منطلشطة :
M. MENTALECHTA : L'arbitrage Commercial en droit Algerien OPU 1983 P. 27 et SS

(2) امر 66—154 مؤرخ في 3 يونيو 1966 المتضمن لقانون الاجراءات المدنية الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية بتاريخ 3 يونيو 1966 •

للتحكيم الداخلي بل أنها (أي متطلبات التجارة الدولية) أدت بالمشرع الفرنسي الى اصدار احكام خاصة بالتحكيم الدولي[3] . والواقع ان عدم وجود قضاء دولي فيما يخص العلاقات الدولية الخاصة بدا فيها التحكيم الوسيلة المفضلة لتسوية المنازعات، وهو يسمح بتجاوز العراقيل التي تحول دون ابرام العقد الذي يثير أو يمكن ان يثير، في حالة حصول النزاع ، اختصاص القضاء الوطني ، فهو يؤدي الى اتمام تسوية المنازعات من طرف اخصائي التجارة الدولية على ضوء العادات والاعراف الدولية التي قد يجهلها القضاة الوطنيون والتي قد يبعدونها للوقوف على قانونهم . فنظام التحكيم ، لهذا السبب أصبح محل الاتفاقيات الدولية التي استطاعت الوصول الى قواعد جوهرية (مادية) خاصة بالتحكيمات الدولية .

ان خصوصية التحكيم الدولي قد تطورت في اطار الانظمة الوطنية وخاصة في القضاء الفرنسي ، انطلاقا من نظرية تنازع القوانين المشجعة من طابع التحكيم العقدي . وفي هذا المضمار تدخل القضاء الفرنسي لتطبيق القانون الاجنبي باسم مبدأ سلطان الارادة على اتفاقيات وقرارات تحكيمية . وهكذا ففي الوقت الذي كان فيه شرط التحكيم محظورا حتى في العقود المتصلة بالاعمال التجارية اعترفت محكمة النقض الفرنسية بهذا الشرط اذا كان القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العقد وعلى شرط التحكيم يسمح به[4] . كما تدخل القضاء الفرنسي ، استنادا الى المعيار السابق - ليعترف بالقرارات التحكيمية الغير مسببة[5] بينما بقيت نفس المحاكم في ميدان العقود الداخلية ، صارمة جدا فيما يخص هذه النقطة ولو كان المحكمون مفوضون بالصلح[6]

---

(3) مرسوم 81-500 بتاريخ 12 ماي 1981 المعدل لقانون الاجراءات المدنية الفرنسي . الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية بتاريخ 14 ماي 1981 .

(4) نقض 1899/07/17 . دالوز ، سنة 1904 ، الجزء الاول ، صفحة 225 .

(5) H . MOTULSKY . J.C.P, 61, II, 12273.

(6) باريس 7 فبراير 1957 ، دالوز سنة 1957 ، صفحة 251 .

أن هذه الامثلة تعكس النظامين المختلفين المطبقين على كل من التحكيم الوطني و التحكيم الأجنبي . أما فيما يخص التحكيم الدولي ، فقد ساهم القضاء الفرنسي بخلق قواعد قانونية جوهرية حقيقية للتحكيم التجارى الدولي[7] . و سوف نرى ان القضاء المذكور قد اعترف بأهلية الدولة في طلب التحكيم رغم صرامة النصوص القانونية التي تحظر على الدولة أن تطلب التحكيم ، كما اعترف أيضا باستقلالية شرط التحكيم بالنسبة للعقد الاساسي ولا يتأثر بالتالي شرط التحكيم ببطلان العقد الاساسي اذا كان هذا الأخير يثير مصالح التجارة الدولية[8] .

و الواقع كما يرى البعض[9] ، لا يمكن أن يكون للتحكيم ((جنسية)) فلا يمكن أن يكيف التحكيم كالشخص ، فيقال فرنسي ، بلجيكي ... لكن ما يبقى صحيحا هو أن يكون للتحكيم ((نقاط اتصال)) مع دولة واحدة أو مع عدة دول .

فالتحكيم الوطني هو ذلك التحكيم الذى تكون كل عناصره (محل المنازعة ، جنسية الطرفين و محل اقامتهما ، جنسية المحكمين ، القانون الواجب التطبيق و مقر سريان التحكيم) مرتبطة بدولة واحدة ، أما اذا كان احد تلك العناصر مرتبطا بدولة أخرى ، فان ذلك يثير مشكلة معرفة ما اذا كان يمكن اعتباره مباشرة تحكيما دوليا ، أم يصح الكلام ، في هذه الحالة ، عن التحكيم الأجنبي .

و الحقيقة أن التمييز بين التحكيمين ، من الناحية العملية صعب ، وغالبا ما يؤدى الى خلط اصطلاحي كثير الاستعمال فتستعمل بمناسبة نفس التحكيم عبارتي الدولي

---

(7) قضية جوسي (GOSSET) بتاريخ 7 ماى 1963 Clunet, 1964,1,P83 et suites

(8) Cour d'appel de Paris 13/12/1975 - Menicucci C/Mahieux - Clunet 1977, N° 1 , P 106 SS Note E. Loquin

Cour d'appel de Paris 19/06/1970 - HECHT C/ St.Buissmans - Clunet 1971, N° 4 P. 834 et SS - Note B Oppetit .

(9) P. FOUCHARD : Quand un arbitrage est - il international ? Rev. Arb 1970, N° 2 P.60

والاجـــنبي[10] .

ومهما يكن من أمر،فالتحكيم الدولي هو ذلك التحكيم الذى لا يتعلق ، من كل النواحي ، بدولة واحدة من حيث طبيعة المنازعة ، شخصية الاطراف او المحكمين ، مكـان واجراءات التحكيم[11]. غير ان هذا التعريف يبدو واسعا جدا . فهل يمكن حقيقـة التأكيد على أن التحكيم يعد دوليا اما بمادته، واما باجراءاته (المطلب الاول) ؟

أما التحكيم الاجـنبي ، فهو التحكيم الذى يستند الى نظـام قانوني وطـني (فرنسي الماني ، ايطالي) نظرا لتطبيـق القانون الاجنبي الذى يخضـع لـه[12] (المطلب الثـاني) .

المطلـب الأول : التحكـيم الدولـي

ان التحكيم الدولي ،هو ذلك التحكيم الذى لا ترتبط جميع عناصره ولا تتعلـق بدولة واحدة . غير أن الطابع الدولي يمكن ان يظهرعلى مستويين : فاما ان يكون التحكيم دوليا باجراءاته (البند الاول) واما ان يكون دوليا بواسطة محله (البند الثاني) .

البنـد الأول ، اجـراءات التحكيم الدولي

ان عناصر الدولية التي ((يصنعها)) الطرفان كثيرة جدا ويمكن أن نذكر منها الاختيار الصريح لقانون اجنبي ليسرى على التحكيم ، أو اللجوء الى مؤسسة دائمـة وأجنبية للتحكيم وكذلك الى نظامها الاجرائي . ويمكن أن يكون مقر التحكيم أيضـا وجنسية المحكمين أو الطرفين وكذلك موطنهما عناصر تساعد في الاحاطة بدوليـة

---

(10) القضاء الفرنسي مثلا يستعمل عبارتي الايطالي والدولي بصدد نفس المنازعة ـ قضيـة جوسى ـ فوشار المرجع السابق ـ صفحة 61 .

(11) P. LALIVE : Problèmes relatifs à l'arbitrage Commercial International Recueil des cours 1967, tome 1, vol.. 120, Page 580 .

(12) فيليبا فوشار ـ المرجع السابق ـ ص 61 وما يتبعها .

التحكيم • غير أن الفقه غالبا ما يأخذ هذه العناصر المذكورة لتحديد التحكيم الأجنبي[13] وليس هنا مجالا لتحديد ((مركز الثقل)) للاجراءات التحكيمية حتى نحسم تنازع القوانين ، لكن ما يمكن قوله هنا أن هناك عناصر لا تعتبر اساسية في تحديد دولية التحكيم[14] .

غير أن التحكيم يمكن أن تسرى عليه قواعد قانونية دولية حقيقية ، والواقع أنه يحصل غالبا ان يوجد تحكيم منذ البداية الى النهاية ، من شرط التحكيم الى تنفيذ القرار منفصلا عن هيمنة النظام القانوني الوطني ، ويكون الامر كذلك عندما ينظم التحكيم أو يحيل الى مؤسسة دائمة للتحكيم ، مهما كانت درجة دولية هذه الهياكل : فهي تنظم بالفعل مباشرة كل الصعوبات التي تظهر خلال الاجراءات ، وان نظامها التحكيمي يكفي لكي يضمن سريانه •

وفي هذا المضمار يمكن أن نلح أيضا على الاتفاقيات الدولية الحديثة التي تتضمن الكثير من الاحكام والتي لا يمكن مناقشة طبيعتها الدولية والتي تشكل قواعد مادية دولية واجبة التطبيق مباشرة على الاجراءات التحكيمية • فيمكن القول اذن أن التحكيم الدولي هو التحكيم الذى يخضع للقواعد المبينة في اتفاقية دولية أو لنظام مؤسسة دولية للتحكيم[15] .

ويرى البعض أن هذا التعريف ناقص من الناحية النظرية ، فاذا ارتكز على فكرة التحكيم المنفصل عن كل نظام وطني ، فيجب الاخذ في الحسبان التحكيمات التي تخضع للعادات والاعراف الدولية • واما من الناحية العملية فهو لا يتناسب مع القانون الوضعي بحيث لا توجد في الوقت الحالي اتفاقيات دولية تغض النظر عن

---

(13) P. KAHN : note sous cass. civile 18/5/71 Ste. Impex. Rev.Arb.1972 P. 7 . B. Oppetit : Clunet 1971, N) 1 Page 128 .

(14) أنظر المطلب الثاني من المبحث الاول من هذا الفصل •

(15) فيليب فوشار – المرجع السابق – ص68 •

تطبيق القانون الدولاني على تحكيم معين ، بل ويمكن التساؤل علاوة عن ذلك عن مدى وجود مؤسسات للتحكيم منفصلة تماما عن أى تنظيم دولانى والتي لا تتضمن ولو بصفة عرضية تطبيق قانون دولانى على التحكيم[16] .

غير أنه مهما كانت صحة هذه الحجج فيجب الاشارة الى أن الاتفاقيات الدولية تشكل قواعد مادية دولية ولا تتضمن اللجوء الى قانون داخلي الا بصفة عرضية تهجية : فاتفاقية نيويورك[17] قد مهدت مثل هذا الانفصال وذلك بسماحها للطرفين بالاتفاق على تنظيم الاجراءات التحكيمية دون تطبيق القانون الداخلى الذى لا يمكن أن يلجأ اليه الا بصفة ثانوية ، عند عدم وجود اتفاق (المادة) اكثر من ذلك فان دولية المصادر موجودة بصفة أوضح في اتفاقيتي جنيف[18] وواشنطن[19] . فتنص الاتفاقية الأروبية[20] في المادة 4 عن كيفية تحريك التحكيم وسيرعمله بدون أن تستند الى أى قانون داخلى ، فكل الاجراءات التحكيمية متروكة لسلطات الطرفين ، المحكمين ، اللجان المهنية أو المؤسسات الدائمة للتحكيم[21] .

البند الثاني : موضوع التحكيم الدولي

ان محل المنازعة يصلح أيضا لاسباغ التحكيم بالطابع الدولي ، بل ويعد ربما المعيار الاكثر استعمالا ، وبالفعل ، استعمل القضاء الفرنسي هذا المعيار بصدد

---

(16) LOUSSOUARN et BREDIN: Droit du commerce international N° 92 et SS

(17) اتفاقية نيويورك المبرمة بتاريخ 10 يونيو 1958 والمتعلقة بالاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الاجنبية ·

(18) اتفاقية جنيف المبرمة بتاريخ 21 ابريل 1961 والمتعلقة بالتحكيم التجارى الدولي ·

(19) اتفاقية واشنطن المبرمة بتاريخ 18 مارس 1965 والمتعلقة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطنى دول أخرى ·

(20) اتفاقية جنيف المذكورة سابقا ·

(21) فيليب فوشار — المرجع السابق — ص69 ·

تعريفه للعقد الدولي[22] والمعيار المتخذ هو الاتصال بمصالح التجارة الدولية اما في العقد واما في التحكيم (فطبيعة الثاني الاتفاقية تسمح بتشبيهه للأول) • فكل منازعة تتعلق بالعقد الدولي وتخضع للمحكمين تعطي الطابع الدولي للتحكيم ، بعبارة اخرى ، وفي أغلب الاحيان ، ما تستنتج المحاكم الفرنسية الطابع الدولي للتحكيم من الطبيعة الدولية لمحل المنازعة •

ويمكن أن نسرد في هذا الاطار حكمين أصدرتهما محكمة النقض الفرنسية بتاريخي 19 فبراير 1930 و 27 يناير 1931[23] فقررت المحكمة المذكورة ان التحكيم الدولي يوجد في كل مرة تثير فيها الصفقة محل المنازعة ((مصالح التجارة الدولية)) ، وفي هذين الحكمين فان مجرد كون مصدر السلعة اجنبيا - تم بيعها من تاجر فرنسي الى فرنسي آخر - يكفي لابراز التجارة الدولية •

أما قضية جوسي (GOSSET) بتاريخ 7 ماي 1963 ، فلم تستطيع المحكمة هنا أيضا أن تتخذ معايير اخرى للتحكيم الدولي سوى ((الطابع الدولي لمحل المنازعة المفصول فيها)) •[24]

وفي هذا المجال نشير الى حكمين حديثين لمحكمتي الاستئناف لكل من كولمار وباريس الصادرين في نفس القضية : امباكس ضد مالتريا ادرياتيكا ، لكن بمناسبة خلافين متميزين ، فصيغة المحكمتين اللتين لم تترددا في اعتبار التحكيم دوليا تستحق سردها ((يوجد التحكيم الدولي ، عندما تثير الصفقة ، محل المنازعة ، مصالح التجارة الدولية مهما كانت جنسية المحكمين المختارين • فهذا الشرط يحقق ، في القضية التي تتعلق بمنازعة تولدت من عقود تجارية ، أبرمت بين شركة فرنسية

---

(22) أنظر المبحث الثاني من الفصل الثاني من الباب الأول •

(23) Cass. Civile : S, 1933, 1, 41 .

(24) هـا مش 7 •

مستوطنة في فرنسا و شركات ايطالية لها محل ادارتها في ايطاليا ، تتعلق بتصدير الحبوب من فرنسا الى ايطاليا ...)) (كولمار 68/11/29)[25] ((وفي هذه القضية ، يتعلق الامر بشروط التحكيم الدولي ، فالطابع الدولي للتحكيم لا يرتبط لا بمكان التحكيم ، ولا بجنسية المحكمين لكن بمجرد أن المادة المطروحة أمام المحكمين تعتبر دولية ، بمعنى أن الصفقة ، محل المنازعة ، فتثير مصالح التجارة الدولية ، مثل تصدير الحبوب من شركة فرنسية مستوطنة في فرنسا للمتعاملين الايطاليين)).(باريس 20 جوان 1969)[26] .

و يتضح لنا ، اذن ، أن معيار الدولية يتجلى من طابع التحكيم الدولي اقتصاديا ، وليس من التحكيم نفسه ، اجراءاته ، الكيفية التي تسوى بها المنازعة .

بيد أن هذا التعريف قد يغرينا الى ادخال التحكيم الاجنبي في التحكيم الدولي نظرا لان القواعد المستخرجة من التحكيم الدولي لا تنطبق على التحكيم الاجنبي الا اذا اهتم بعمليات التجارة الدولية . فالتحكيم الاجنبي الذى يتصل بالنظام القانوني الفرنسي يمكن أن يعتبر في بعض الحدود على أنه تحكيم دولي و يبرر بالتالي تطبيق القواعد القانونية الخاصة المناسبة[27] .

و هكذا يمكن أن يخضع التحكيم لقانون وطني و يتعلق بعقد دولي ، ففائدة التجارة الدولية يأمر بتطبيق القواعد الخاصة بالتحكيم الدولي[28] . و يلاحظ أن هذا الاتجاه القضائي تعززه الاتفاقية الاوروبية حول التحكيم التجارى الدولي لسنة 1961

---

(25) J.C.P., 70, 16242, note B. OPPETIT et G. MEZGER.

(26) R.C.D.I.P., 1969, 739 note G. MEZGER.

(27) B. GOLDMAN : Dalloz - encycl. droit international - Arbitrage en général N° 12 et SS.

(28) وهذا هو الدرس الذى يمكن أن نستنتجه من حكم جالاكيس (GALAKIS) (نقض مدني 1، 2 ماى 1965) وذلك بعدم ربط قواعد التحكيم الدولي بخضوع التحكيم لقانون أجنبي ؛ (P. LEVEL : Clunet, 1966, P. 651.)

التي تضمن في ميدان تطبيقها ((تسوية المنازعات المتولدة أو التي سوف تتولد من عمليات التجارة الدولية)) . (المادة الاولى) أما اتفاقية نيويورك لسنة 1958 تتضمن أيضا امكانية الاطراف المتعاقدة على قصر تطبيق الاتفاقية على ((المنازعات الناتجة من العلاقات القانونية ، العقدية أو غير العقدية التي تعتبر تجارية ...)) .

والأهم ، في هذا المضمار ، هو أن القضاء الفرنسي ، في كل مرة رجع فيها لهذا المعيار الجوهري ، استعمله من أجل اخضاع التحكيم الدولي الى قواعد قانونية خاصة ومادية هي أيضا ، بغض النظر في النهاية عما اذا كانت هذه القواعد ذات أصل وطني (قضاء المحاكم الفرنسية) أم ذات أصل دولي بحت[29] .

والحقيقة أن الطابع الدولي للعلاقة القانونية الموضوعية هي التي تفسر خصوصية قواعد التحكيم التجاري الدولي : لقد كتب : ((وجد التحكيم للمنازعة لا المنازعة للتحكيم))[30] . أضف الى ذلك فان دولية العلاقة المتنازع فيها توجد قبل نفاذ التحكيم وهي لا ترتبط بظروف لاحقة عليها مثل مكان التحكيم ، أو البلد الذي يشار فيه القرار التحكيمي .

---

(29) وهكذا فان الطابع الدولي للمنازعة قد أشير على التوالي :

ـ في حكمي 1930 و 1931 لتصحيح شرط التحكيم المدمج في عقد تجاري دولي ، في الوقت الذي كان فيه هذا الشرط باطلا في القانون الداخلي ، هامش 23 .

ـ في قضية كلاكيس للسماح للدولة الفرنسية على طلب التحكيم ((من أجل احتياجات التجارة الدولية)) بينما كان القانون الداخلي يحظر عليها ذلك 1933،141 :S

ـ في قضية جوسي وحكم كولمار لتأكيد ((استقلالية شرط التحكيم في الميدان الدولي مستبعدا امكانية تأثره ببطلان محتمل للعقد الاساسي ، هامش 7 وهامش 25

ـ حكم باريس لسنة 1969 للتصريح بامكانية التحكيم في المنازعات المتعلقة بالنظام العام والمتمثلة بطابع دولي .

(30) فوشار ـ المرجع السابق ـ ص 75 .

هل يمكن ايجاد في الطابع الدولي لمحل المنازعة شرطا ضروريا وكافيا في نفس الوقت لدولية التحكيم نفسه ؟ ان القانون الوضعي لم يحدد صراحة في اعتبار هذا الشرط ضروريا لكن ليس بعيدا من دون شك • والواقع أنه أمر نادر جدا أن تتضمن الاجراءات التحكيمية عناصر دولية في الوقت الذى تكون فيه المنازعة نفسها متعلقة ببلد واحد فقط ، وان حصل ، فاننا نكون أمام دولية خيالية مصطنعة من الطرفين لا تؤثر الا اذا كانت العلاقة القانونية العقدية دولية بصفة جوهرية •

أما عن كون هذا الشرط كافيا ، لقد رد القضاء الفرنسي بالايجاب وخاصة في حكمي باريس وكولمار السابق الاشارة اليهما •

بيد أننا نعتقد أنه ، رغم كفاية محل المنازعة الدولي في تحديد التحكيم الدولي وفي تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق عليه ، فانه لا يبعد كل المعايير الاخرى المرتبطة بالاجراءات التحكيمية • فان هذه العناصر الخاصة بسريان الاجراءات التحكيمية غالبا ما تؤخذ بعين الاعتبار في تحديد القانون الواجب التطبيق (31) •

---

(31) في الميدان العملي ، غالبا ما ينظر القاضي المطروح أمامه النزاع في الاشارات التي تساعده على حصر العقد ويلاحظ من ثم في أى اتجاه يميل الميزان •

G. BLANC : La loi applicable au contrat d'équipement industriel en Algerie - Etudes et Commentaires - P. 74.

المطلب الثاني : التحكيم الاجنبي

يعتبر تحديد و تعريف التحكيم الاجنبي اساسيا لأن القرار التحكيمي الناتج عنه يخضع خاصة بالنسبة لطرق الطعن ، لنظام مختلف عن النظام المخصص للاحكام الداخلية لان في أغلب الاحيان تطرح مسألة معرفة أصل التحكيم (أجنبيا أم لا) بعد اصدار القرار اى عندما يصعب تنفيذ القرار التحكيمي ، فان القاضي المتولي بطلب التنفيذ يبحث عما اذا كان القرار المطروح أمامه أجنبيا أم لا .

لقد حاول الفقه استخراج بعض المعايير المختلفة التي لا تعتبر أحد منها ، في الحقيقة ، كافيا لوحده .

لقد اعترف الفقه ، في البداية ، بالطابع الغير محدد لعدد معين من المعايير وعلى رأس هذه المعايير توجد جنسية المحكم[32] .

غير أن جنسية المحكم لا تكفي لوحدها لا سباغ التحكيم بالطابع الأجنبي لو كانت كل نقاط الاتصال وطنية ، بل ان الانظمة القانونية التي لا تفرض أن يكون المحكم وطنيا (حالة الجزائر مثلا) فلا يكفي المعيار المذكور لاخراج القرار الذى أصدره المحكم الاجنبي من النظام القانوني الداخلي . ولا يعتبر اللجوء الى محكمة أجنبية (لتعيين المحاكم مثلا) كافيا لمنح التحكيم صفة الاجنبية .

ولا يكفي أيضا معيار جنسية طرفي النزاع . وان صح ان يقابل التحكيم الاجنبي في أغلب الاحيان ، متنازعين يحملان جنسية مختلفة ، فيمكن مع ذلك تصور قيام تحكيم في الجزائر بين أجانب أو بين جزائريين وأجانب و يعتبر تحكيما داخليا بحتا ، كما يمكن أن نتصور قيام تحكيم بين جزائريين يؤدى الى اصدار قرار أجنبي[33] .

---

(32) E. MEZGER : La jurisprudence française relatives aux sentences arbitrale étrangères. in Melanges Maury, Tome I, P 273.

(33) جولدمان ـ المرجع السابق ـ التحكيم بوجه عام رقم 7 . وفي هذا الاطار يقرر السيد جولدمان ان موطن أحد الطرفين او مقرهما الرئيسي لا يسبغ التحكيم بالطابع الدولي .

ويمكن أن نصل الى نفس النتيجة بالنسبة للمعيار المستخرج من موطن او من مركز الادارة الرئيسي لاحد الطرفين . وأن الظروف التي يمكن أن تجعل لموطن أحد الطرفين أو مقر ادارته الرئيسي في بلد آخر لا يسبغ التحكيم بالضرورة بطابع التحكيم الاجنبي بينما يمكن أن يكون التحكيم الجارى بين متنازعين يقطنان في نفس المكان أجنبيا[34] .

ويجب الاشارة مع ذلك ان الاتفاقيات الدولية قد ادخلت في ميدان تطبيقها القرارات الناتجة من تحكيمات تستجيب مع هذا المعيار حيث يخصص بروتوكول جنيف لسنة 1923 في الفقرة الاولى منه التحكيمات التي تجرى بين ((الطرفين الذين يخضعان لمحاكم دولتين متعاقدتين مختلفتين)) . غير أنه اذا كان صحيحا اعتبار القرارات التي تستجيب لهذا المعيار قرارات أجنبية ، فتوجد اخرى لا تستجيب له وتعتبر أجنبية كذلك . واذا لم يعاد اخذ صيغة بروتوكول جنيف بحرفيتها في الاتفاقيات الحديثة ، فاننا نجد مع ذلك اثارا في معاهدات تخصص مكانة هامة لمعايير أحسن . فاتفاقية جنيف لسنة 1961 تنص في مادتها الاولى على أنها تنطبق على ((تسوية المنازعات التي تولدت أو التي سوف تتولد من جراء عمليات التجارة الدولية بين شخصين طبيعيين أو معنويين لهما ، وقت ابرام الاتفاقية ، محل اقامتهما العادية او مقرات ادارتهما الرئيسي في دولتين متعاقدتين مختلفتين)) .

ويلاحظ أن هذا الشرط الاضافي (شرط الاقامة في دولتين مختلفتين) وهو أقل معنى من الشرط الأول (شرط التجارة الدولية) من الناحية الاقتصادية ، قد يبدو متطرفا لأنه كما قلنا قد توجد عمليات تهم التجارة الدولية وتجرى بين تاجرين يقيمان في بلد واحد فلا يمكن فهمه ، اذن ، الا اذا رجعنا الى الهدف الرئيسي للاتفاقية المذكورة وهو تشجيع التحكيم في العلاقة التجارية بين شرق أروبا وغربها ، وفي هذا الاطار يبدو محل الاقامة في دولتين مختلفتين طبيعيا .

---

(34) هناك (HANAK) الذى بمناسبة تعليقه على القانون التيشكي رقم 98 — 63 المؤرخ في 1 افريل 1964 يقبل ان يكون التحكيم الجارى بين تشيكيين دوليا .
HANAK : Clunet, 1966, P. 879.

و يختلف الامر بالنسبة لمعيار " مقر التحكيم الذى اعتبره البعض اساسيــــا (35) ، و هكذا تحدد اتفاقيــة نيويورك بتاريخ 10 جوان 1958 المتعلقة ((بالاعتراف و بتنفيذ القرارات التحكيميــة الاجنبية)) ميدان تطبيقها ((بالقرارات الصادرة في اقليم دولــة أخرى غير الدولــة التي يطلب فيها الاعتراف أو التنفيــذ)) و يبدو بالفعل ضروريــــا اعتبــــار ((غير جزائرى)) التحكيم الذى تطور في اطار نظام قانوني أجنبي ، لكن من الخطـــأ اعتبار أن الاسناد الاقليمي الوحيد يكـــفى لأدماج التحكيم في نظام قانوني معين . فمن الصعب جدا أن يؤثر معيار مقــر التحكيم لوحده على أجنبيــة التحكيم حتى و لو فرضـــنا أنه الوحيد ، و هذا نادر الحصول ، فليس له لوحده معـــنى قويـــا (36) . و هذا ما أخـــذ بـــه القضـــاء الفرنسي حيث اعتبر ان القرارات التحكيميــة التي نتجت من تحكيمـــات جرت في فرنســـا قرارات أجنبيــــة (37) و بمفهوم المخالفة يمكن أن نصـــل الـــى نتيجـــة معاكســـة بمعنى اعتبار التحكيم وطني ولو تم خـــارج الحدود الوطنيـــة، فيمكن مثـــلا ان يستند في التحكيم على محـــكم مرجـــع سويسرى لتشكيل المحكمــــــة التحكيميـــة في أقاليم الكـــنفدرالية بدون أن يكون التحكيم سويسريا .

و يبقـــى مع ذلك أن مقر التحكيم عندما يقع في الخارج يمكن أن يفترض استناد التحكيم الى نظام قانوني آخر غير النظام القانوني الجزائرى . فالفقهاء الذين يلحـــون على معيار خضوع المحـــكمين للقانون الاجنبي ، يأخذون كمعيار مبـــاشر المقـــر الـــذى يحقـــق فيـــه المحـــكمون ويبتـــون فيـــه في القضيـــة المعروضة أمامهم (38) . وأما مشاركة السلطات الدولانية لمقـــر التحكيم في وضع اجراءات التحكيم يمكن أن تساهم من دون شك في اعطـــاء التحكيم الطابع الاجنبي بالنسبة للبلد المستقبل لقرار التحكيم . فلا يمكـــن اذن اهمال معيار مقـــر التحكيم لكن يجب التحفـــظ في كونه الاثر المحدد للطابــــع الاجـــنبي للتحكيم و للقرار الذى ينتـــج عنــــه (39) .

---

(35) Mibayet . traite de droit international privé, tome VI vol 2, N° 134

(36) فوشارـــ المرجع السابقـــ ص 65 .

(37) Paris : 5 /07/ 1955. R.C.D.I.P. 1956, P. 79 note MEZGER

(38) BATTIFOL et la GARDE : Droit international Privé, tome 2, 1971, P. 421.

(39) Klein : Autonomie de la volonté et arbitrage. R.C.D.I.P. 1958, P. 256.

ويعزز هذه الملاحظة عندما يتم التحكيم بالمشاركة مع مركز دائم للتحكيم ، وذلك ان القواعد التي يرتبط بها المحكمون يمكن ان تستند بكل وضوح لنظام قانوني محدد . فشرط التحكيم المندمج في عقد مبرم بين شركتين فرنسيتين يحيل التحكيم لمعهد تحكيمي له مقر في لندن يصل الى قرار يصدر وفقا للنظام الداخلي للمؤسسة الذي يرجع أو الذي يستند ضمنا أو صراحة الى القانون الانجليزي ويجعل ، لهذا السبب ، هذا التحكيم تحكيما أجنبيا .

واخيرا نستطيع استخراج معيار يعبر اكثر عن أجنبية التحكيم ، وهو التحكيم الذي يخضع لقانون مختلف عن قانون البلد الذي يثار فيها الاعتراف أو تنفيذ القرار.(40)
ويتعلق الأمر هنا بالقانون الواجب التطبيق على التحكيم وليس القانون الذي يستعمله المحكمون للبث في موضوع المنازعة والذي يمكن أن يكون مختلفا.(41)
وهكذا يمكن اعتبار التحكيم أجنبيا اذا ما طبقت اجراءات تحكيمية وفقا لقانون أجنبي ولو أن المنازعة تم البت فيها ، بالنسبة لموضوعها ، حسب القانون الجزائري .

فمعيار القانون الواجب التطبيق على التحكيم يدخل ارادة الطرفين اللذان عبرا عنها في هذا الصدد . لكن عند عدم وجود ارادة الطرفين ، فان تحديد القانون الواجب التطبيق على التحكيم الذي ، من بين عناصر أخرى ، يحسم معرفة ما اذا كان القرار الصادر داخليا أو اجنبيا ، يتم بواسطة البحث على عناصر محددة للعلاقة القانونية التي تشكله ، وهنا تظهر المعايير السابق الاشارة اليها (جنسية المحكمين والطرفين ، الموطن أو مركز الادارة الرئيسي ، مقر التحكيم) والتي اعتبرت غير كافية منعزلة لتعريف الطابع الداخلي أو الاجنبي للتحكيم لكن اذا ركبت فيما بينها تصبح عناصر قابلة لتحديد القانون الواجب التطبيق على التحكيم .

---

(40) هامش 37 .
(41) انظر قضية تكزاكو كلازياتيك ضد الجمهورية العربية الليبية حيث فصل المحكم بين القانون الواجب التطبيق على الموضوع والقانون المطبق على التحكيم . انظر ايضا **قضية أرامكو** بين العربية السعودية و شركة أرامكو الامريكية .
Clunet, 1977, 2, 351 et SS - R.C.D.I.P., 52, 1963, P. 279.

ويمكن من دون شك الاحتجاج على هذا المعيار بتخصيصه مكانة كبيرة لارادة الطرفين ربما لا تستحقها ، كما يمكن ان يخشى أن يكون الرجوع الى قانون أجنبي أو الى مؤسسة تحكيمية أجنبية ، وسيلة سهلة للتخلص بسهولة التحكيمات التي يجب أن تخضع بطبيعتها للنظام العام الداخلي (42) . غير أنه يمكن الرد على ذلك بأن هذه الانتقادات تجاوز المشكل المطروح في هذا المجال ويتعلق بمبدأ سلطان الارادة نفسه ، بل وتم الرد على هذا الاعتراض ، فالرجوع الى قانون أجنبي لا يمكن تصوره الا بالنسبة لتحكيم يستند الى عقد دولي ولا يكون له أي أثر اذا كانت العملية المتنازع فيها داخلية بحتة (43) .

ويبدو لنا مع ذلك ، الا اذا أردنا اعطاء القرار كل آثاره في الجزائر خاصة اذا صدر بصفة تخالف متطلبات القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام ومن أجل التهرب منه ، ان الرجوع الى قانون أجنبي ، وبصفة خاصة عند خضوع المحكمين لنظام هيئة تحكيمية أجنبية ، لا يمكن ان يكون الا تحكيما أجنبيا . أما عن معرفة الى أي مدى يمكن أن تذهب حرية الطرفين المتعاقدين ، فليس لها أية علاقة مع طابع التحكيم الذي يعتبر أجنبيا لانه متصلا مع نظام قانوني أجنبي . فالتحكيم الاجنبي ، بمعنى التحكيم الذي يؤدي الى تطبيق النظام القانوني الخاص بالقرارات التحكيمية الاجنبية (طرق الطعن خاصة) هو اذن التحكيم الذي يخضع لقانون أجنبي اما بواسطة سلطان ارادة الطرفين ، واما بواسطة عناصر اسناد موضوعية للتحكيم مثل تلك التي اشرنا اليها مع نظام قانوني معين .

---

(42) LEVEL : Jurisclasseur Procedure civile. Fasc VII, P. 7

(43) FRAGISTAS : " Arbitrage étranger et arbitrage international en droit Privé ". R.C.D.I.P., 1960, P 1.

المبحث الثاني : تعريف شرط التحكيم وطبيعته القانونية

مما سبق يتضح أن العلاقة وثيقة بين التحكيم نفسه وشرط التحكيم بل أن الأول يعتبر تجسيدا للثاني ، ومن ثم تبدو لنا دراسة شرط التحكيم ضرورية • والحقيقة أن شرط التحكيم هو ذلك التعهد الذى يتفق الطرفان بمقتضاه ، قبل ميلاد المنازعة على اخضاع الخلافات التي يمكن ان يواجهانها الى المحكمين • هذا الكلام يجرنا في الواقع الى الاحاطة أولا بشرط التحكيم لنعرفه (المطلب الاول) ثم الى الوقوف ثانيا عند طبيعته القانونية (المطلب الثاني) •

وقد يصبح شرط التحكيم لا معنى له اذا لم توضع المنازعة بين أيدى المحكمين ، وحتى يتسنى لهؤلاء الاخرين البت في المنازعة يجب المرور بمرحلة اتفاق التحكيم (المطلب الثالث) •

المطلب الأول : تعريف شرط التحكيم

يسمى شرط التحكيم Clause compromissoire في بعض أوساط الاعمال الشرط التحكيمى Clause arbitral أو الشرط المحكم Clause d'arbitrage ، كما يعبر عنه في بلدان اخرى كدول امريكا اللاتينية مثلا Clausula Compromisoria وكل هذه المصطلحات تعتبر مترادفة •

ويعتبر شرط التحكيم ، عادة ، تابعا للعقد الاساسي المندمج فيه ، لكن ليس مستبعدا أن يتم ابرام اتفاقية تحكيمية منفصلة شكلا ومتعلقة بالعقد أو بعدة عقود سابقة أو لاحقة على اتفاقية التحكيم •

ان الرابطة التشكيلية التي يمكن أن توجد بين شرط التحكيم والوضعية لا تؤثر على استقلالية الشرط (44) وصحته (45) في حالة ما اذا كان العقد المندمج

---

(44) انظر الفصل الاول من الباب الثاني المتعلق باستقلالية شرط التحكيم •

(45) انظر الفصل الثاني من الباب الاول المتعلق بصحة شرط التحكيم •

فيه باطلا • وعلى العكس لو كان موضوع شرط التحكيم مختلفا عن موضوع العقد الـذي يرتبط به ، فانه ليس مستبعدا أن يكون ابرام شرط التحكيم بالنسبة لكثير من العقـود شرطا لازما لابرام العقد ، بمعنى اذا تم الاتفاق على شرط التحكيم ولم ينفذ او اعتدى عليه احد المتعاقدين ، فان الطرف الآخر يمكنه الدفع بعدم تنفيذ العقد الـذي يتضمن شرط التحكيم • فيمكن اذن اعتبار شرط التحكيم سببا محددا للالتزامـات الجوهرية التي ينتجها العقد ، ولم يتردد القضاء الفرنسي على التأكيد بان الشـرط في العلاقـات الدولية على الاقل ، يشكل عنصرا اساسيا في العقد (46) •

ويتميز شرط التحكيم بميزتين هامتين يجب دراستهما لتعريفه ، فهو يتعلـق بتسوية منازعـة احتمالية مما يفرقه بوضوح عنـد اتفاق التحكيم (البند الأول) . ويساهم في حل منازعـة بواسطة التحكيم مما يميزه على غرار اتفاق التحكيم عن باقي الشروط التي تحل هي أيضا منازعـة احتماليـة (البند الثاني) •

البنـد الاول • طابع المنـازعـة الاحتمالي المبينـة في شرط التحكيم •

يهدف شرط التحكيم الى تسوية تحكيمية لمنازعة احتمالية ولا يهدف الى تسوية منازعة موجودة • وهكذا لا يكون شرط التحكيم الذى يتضمن حل منازعة احتمالية اتفاق تحكيم ولو امتثل للشروط المبينة في المادتين 443 و 444 من قانون الاجراءات المدنيـة الجزائرى •

واذا كان يسهل التمييز بين شرط التحكيم واتفاق التحكيم من حيث محل كـل واحد منهما ، فقد تظهر صعوبة بالغة عندما يتضمن اتفاق الطرفين اختصاصا تحكيميـا بالنسبة للخلافات التي ظهرت وبالنسبة للخلافات التي سوف تظهر • ويلاحـظ أن الفرضية ليست نظرية اذا ما اعتبرنا أن المنازعة غالبا ما تكون معقدة وان مسائل جديدة قد تتولد عن المنازعة الاصلية وتظهر من خلال تطورات المنازعة • وغالبا ما يوجد بـين

---

(46) باريس 14 ماى 1959 : دالوز 1959، 437 تعليق روبرت •

مختلف المنازعات المتولدة أو التي سوف تتولد و المبينــة في الاتفاقية التحكيمية ارتباطـا يجعل معرفـة ما اذا كانت هذه الاتفاقيــة هي شرط تحكيم أم اتفاق تحكيم ذات صعوبة بـالغـة •

غير أن القضاء الفرنسي من أجل اعطاء تكييف وحيد لمجموع الاتفاقيـــــة التحكيمية ، يتجه الى اعتبارها شرط تحكيم • (47)

ان هذا الحل يمكن شرحه بكل بساطة ، فلو قررت المحكمة ان الاتفاقية تعتبـــر اتفاق تحكيم لما أمكن ابعاد بطــلانه خاصة اذا ثبـت أن الاتفاقية لا تتضمن الشـروط المبينـة في المادة (1006) من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي • و ما دام أن المادة لا تعرقل صحـة شرط التحكيم فكأن من الافضل أن تكيف الاتفاقية بشرط تحكيم •

و بالفعل ، ففي هذه القضية ،كانت صحة شرط التحكيم محل نظر لعدم وجـود الطابع التجاري للمنازعة ، غير أن بطلان الشرط قد تمـت تغطيته بقبول لاحــق مـن الطرفين بحيث تم تعيين المحكمين للبت في المنازعة • و لذلك اعتبرت المحكمة ان الاتفاقية المتعلقـة بمنازعات موجودة وأخرى غير موجودة يمكن قضـاة الموضوع اعتبارها شــرط تحكيم و ابعاد البطلان المبين في المادة (1006) المذكورة •

البنـد الثاني : طابع التسوية التحكيمية المبين في شرط التحكيم

يقتضي شرط التحكيم حل المنازعات التي تظهر من تنفيذ العقد ،فيلتزم طرفـي العقد بهذا الشرط ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بخلاف ذلك من جهة (اولا) كمـا أن الشرط من جهة أخرى يقتضي تسوية غير قضائية للمنازعة (ثانيا) •

(اولا) الطبيعة الالزامية لشرط التحكيم :

لا يوجد شرط التحكيم الا اذا وجد نص يقضى بالتزام الطرفين باللجوء الـى التحكيم ،و اذا لم يكن التحكيم مبينا الا كاسلوب تسوية احتمالي و ليس ضروريا لحل المنازعة

(47) Cass. Req. du 13/01/1947 : S. : 1947, 1, P. 772.

المقبلة ، فلا يوجد شرط التحكيم • و لقد حكمت محكمة النقض الفرنسية ان الشرط المبين في العقد و المعنون : ((التحكيم الاحتمالى : غرفة وهران التحكيمية)) ليس له الاثر الملزم ولا يشكل بالتالي شرطا حقيقيا للتحكيم • وفي هذه القضية اتجهت نية الطرفين الى اللجوء الى مركز وهران للتحكيم في حالة الاتفاق على طلب التحكيم فعلا ، لكن ليس هناك التزام مبدئى على طلب التحكيم بالضرورة في حالة حصول المنازعة (48) •

و من جهة أخرى يجب ان يتولى الاشخاص او الهيئة التي يعنيها الشرط تسوية المنازعات بصفة ملزمة • وفي كل مرة يتضمن فيها شرط التحكيم تسوية المنازعات الاحتمالية من طرف ذات الشخص أو ذات الهيئة و يكون القرار الذى يصدر في هذا الصدد قطعيا فيكون الأمر هنا متعلقا باتفاقية تحكيم ، ما دام ان الغير المتولى بمهمة البت تطبيقا للشرط ، يصدر قرارا ملزما للطرفين و ينهى بالتالى المنازعة • فالقرار المذكور يكتسي طابعا ملزما بسبب مهمة الحاكم التي تقتضى انهاء المنازعة • و يأخذ المشكل دورا آخرا عندما يسند الشرط المسمى تحكيميا تسوية المنازعات الاحتمالية للغير الذى يخضع في تعيينه أو في وظيفته للهيمنة الاستئثارية لاحد الطرفين و مثل هذا الوضع يمكن أن يوجد في بعض عقود الاذعان (49) • فالشرط التحكيمى الذى يحيل المنازعات الاحتمالية للغير ولا يتوفر فيه الضمان الكافى الذى يتوفر في تعيين حضورى عندما تتولد المنازعة ، فمثل هذا الشرط ليس تحكيميا •

(ثانيا) : طابع الهيئة غير القضائى ، و هذا يعني قبل كل شيء أن الشرط يجب ان يتضمن تسوية المنازعة بواسطة التحكيم ، بمعنى اللجوء الى محكمين خواص يفرض قرارهم على الطرفين ولا يعد رأيا أو اقتراحا للتوافق •

ان الغير الذى يخضع اليه الطرفين يجب ان يكون محكما ، بمعنى فردا أو جهازا متوليا مهمة اتخاذ قرار نهائي و ملزم •

---

(48) نقض تجارى 27 فبراير 1961 ، Bulletin civil, III, N° 105, P.93

(49) وتعد رابطة النسب او الخضوع لاحد الطرفين سببا لعدم قابلية الحكم البت في المنازعة • انظر منطلشطة — المرجع السابق — ص 57 •

وفي هذا الصدد ، يجب ان نميز بين شرط التحكيم والشرط المانع للاختصاص. ويجب الاعتراف ، بحق أن التشابه بين الشرطين قد يبدو حقيقيا ، وهذا التشابه له سنده عند الشراح المتأثرين نوعا ما ، بالنظرية ((القضائية)) للتحكيم ، بينما يشير معارضة أولئك الذين يبدو لهم التحكيم قبل كل شيء مؤسسة اتفاقية (50) .

والواقع مهما كانت النظرية التي يعتنقها ، فلا يمكن تجاهل الاختلاف العميق الذي يفرق الشرط التحكيمي عن الشرط المانع للاختصاص ،على الرغم من أن شرط التحكيم يرتب نفس الاثر للشرط المانع للاختصاص وهو عدم اختصاص المحكمة المختصة عادة للفصل في المنازعة .

ولا يخلو هذا التمييز من الفوائد العملية . وفي البداية يعتبر القرار الصادر من القضاة الذين عينهم الشرط المانع للاختصاص بمثابة حكم وليس قرارا تحكيميا . وأما اذا كانت المحكمة دولانية ، فيخضع القرار الصادر لأمر تنفيذ الاحكام الاجنبية من المحكمة بينما في حالة القرار التحكيمي يصدر الامر بالتنفيذ ((بموجب أمر صادر من رئيس المحكمة التي يكون القرار التحكيمي صدر في نطاق دائرة اختصاصها))، (51) ثم أن حدود الشرط المانع للاختصاص هي النظام العام فقط بمعنى أن الشرط المانع للاختصاص يكون صحيحا في كل الاحوال الا اذا خالف النظام العام ،بينما شرط التحكيم لا يكون صحيحا الا اذا كان القانون الواجب التطبيق يقبل به ،مما يؤدي في حالة ما اذا كان القانون الجزائري هو الواجب التطبيق ، الى البطلان المبدئي للشرط اذا تضمنه عقد لا يتصل بالاعمال التجارية ، (52) بالاضافة الى أن الشرط المانع للاختصاص يحول ، ينقل ، ويوسع في الاختصاص فهو لا يخلق اختصاصا جديدا كما يفعله الشرط التحكيمي (53) .

---

(50) لاليف — المرجع السابق — ص587 .
(51) المادة 452 من قانون الاجراءات المدنية الجزائري—
(52) الفقرة 3 من المادة 444 — المرجع السابق — .
(53) لاليف — المرجع السابق — ص588 .

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية لشرط التحكيم

يعتبر شرط التحكيم عقدا • فيجب ان تتوافر فيه الشروط اللازمة العامة لصحة العقود المبينة في المواد 54 وما يتبعها من القانون المدني ، بمعنى توافر أركانه أي التراضي ، المحل والسبب ، وليس المجال هنا لدراسة هذه الاركان العامة المشتركة لكل العقود ولذلك نحيل الى القواعد العامة • (54) ونكتفي هنا بدراسة مميزات شرط التحكيم ، فهو عقدا ابتدائي (البند الاول) ، وهو أيضا عقد كامل (البند الثاني) •

البند الأول : شرط التحكيم عقد ابتدائي :

قد يقرر المتعاقدون ابرام العقد ويريدان التقيد به منذ الآن ، فيعقدان اتفاقا ابتدائيا يعد كل منهما فيه الآخر بأن يبرم العقد النهائي في مدة تعيين الاتفاق — وهذا هو الاتفاق الابتدائي ، وهو وعد بالتعاقد ولكنه وعد ملزم للجانبين •

وتنص المادة 71 مدني: ((الاتفاق الذي يعد له كلا الطرفين أو احدهما بابرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر الا اذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه ، والمدة التي يجب ابرامه فيها • • •)) وهذا الحكم نتيجة منطقية في كون أن الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي هو خطوة نحو التعاقد النهائي فوجب ان يكون السبيل مهيأ لابرام العقد النهائي لمجرد ظهور رغبة الموعود له او حلول الميعاد وهي هنا ، في حالة شرط التحكيم ، ظهور المنازعة المتولدة من تنفيذ العقد الاساسي •

ولاظهار طابع العقد التمهيدي لشرط التحكيم ، يجب التأكيد أن الطرفين الذين أبرما شرط التحكيم لا يستطيعان المرور مباشرة الى التحكيم • وعند ميلاد المنازعة يغلق باب شرط التحكيم ويفتح بابي قانون الاجراءات المدنية واتفاق التحكيم — وتظهر

---

(54) أنظر عبد الرزاق السنهوري — الوسيط في شرح القانون المدني — الجزء الاول ص 180 وما يتبعها • طبعة 1952 • دار احياء التراث العربي — بيروت — لبنان •

اذن ضرورة والتزام الطرفين على ابرام اتفاق التحكيم وهكذا ، وفي عقد جديد ، يلد من شرط التحكيم ، يجدد الطرفان محل منازعتهما ، وكذلك المحكمون المفوضون بالبت في المنازعة(55) .

ويلاحظ أن هذا الاتجاه لم يتبع في كل البلدان ، فبعض الدول في امريكا اللاتينية تعتبر شرط التحكيم صحيحا ونافذا بدون أن تتطلب ابرام اتفاق تحكيم عندما تظهر المنازعة(56) .

والحقيقة أن ابرام اتفاق التحكيم في حالة وجود شرط التحكيم وعندما تتولد المنازعة غير ذى فائدة في نظر القوانين الحديثة المتعلقة بالتحكيم لانها تخل بالطابع السريع للتحكيم . فهذا العائق الاجرائى لتحريك التحكيم يعد بمثابة بقايا الزمن الذى ، خشية من التحكيم ، لم يكن فيه لشرط التحكيم أى اثر اذا لم يبرم الطرفان اتفاق التحكيم .

ان تحرير اتفاق التحكيم ليس ضروريا ابدا ، خاصة اذا خضع لأحكام اتفاقية نيورك لسنة 1958 التي تقرر في مادتها 2 على أن : ((تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاقية المكتوبة التي يلتزم الطرفان بمقتضاها باخضاع للتحكيم ، كل الخلافات أو بعض الخلافات التي تثور بينهما أو التي يمكن أن تثور بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أم عقدية تتعلق بمسألة قابلة ان تسوى عن طريق التحكيم ...)) وتنص الفقرة 3 من نفس المادة بل وتفرض على ((محاكم الدول المتعاقدة التي يطرح أمامها النزاع حول مسألة اتفق الطرفان بمناسبتها على ابرام اتفاقية في معنى هذه المادة على احالة الطرفين الى التحكيم بطلب أحد منهما)) ، وحيث أن شرط التحكيم يشكل اتفاقية في معنى المادة 2 الفقرة الاولى منها ، فانه من المنطقى ألا تكون الاحالة التي تقوم بها المحكمة الدولانية مرتبطة ، عند وجود شرط التحكيم ، بابرام اتفاق التحكيم(57) .

(55) J. ROBERT : Arbitrage civil et commercial 1967, P. 156.

(56) A.L. VANDENBERG : L'arbitrage commercial en Amerique latine Rev. Arb. 1979, 2, 136.

(57) فان دانبرن — الذى تعليقا على اتفاقية باناما لسنة 1975 ، يعتقد ان شرط التحكيم صحيح ونافذ دون اتفاق التحكيم . المرجع السابق . ص 138 .

ومهما يكن من أمر فان الجزائر لم تأخذ بهذا الاتجاه، ويبقى الوضع اذن هو ضرورة ابرام اتفاق التحكيم ،وهذا ما يفهم على الأقل من نص الفقرة 3 من المادة 444 من قانون الاجراءات المدنية التي تنص : ((... ويجوز لهم (المتعاقدين) أيضا في العقود المتصلة بالاعمال التجارية وحدها ان يعينوا مقدما محكمين وتذكر أسماؤهم في العقد وفي هذه الحالة يجب ان يثبت شرط التحكيم بالكتابة ويوافق عليه على وجه الخصوص أطراف العقد والا كان باطلا ...)) ومعنى ذلك أنه يقع باطلا — الا اذا تعلق بالعقود المتصلة بالأعمال التجارية — كل شرط تحكيم ويجب ان يكون مكتوبا وهذه احد الشروط المتوفرة في اتفاق التحكيم . واذا لم يطلب المشرع تعيين محل المنازعة فذلك يعود الى عدم معرفة الطرفان طابع المنازعة الدقيق التي يمكن ان تتولد بينهما ، لكن الامر غير ذلك عندما تظهر المنازعة فلا يجد ان اذن عذرا يعفيهما من تعيين المحكمين ومحل المنازعة ، وتظهر بالتالي ضرورة ابرام اتفاق التحكيم .

وتكون نتيجة الطابع الابتدائي لشرط التحكيم وضرورة ابرام اتفاق التحكيم اللاحق عليه هي بطلان التحكيم الذى يتم بدون المرور بمرحلة اتفاق التحكيم ويعد ذلك تطبيقا حرفيا بحتا لاحكام المادة 444 من قانون الاجراءات المدنية المذكورة .

البند الثاني : شرط التحكيم عقد كامل .

ان اعتبار شرط التحكيم عقد ابتدائي يؤدى بنا الى اعتباره عقد كامل مزود بطابع الزامي معين .

لقد سبق ان قلنا أن الالتزام الذى يتضمنه شرط التحكيم هو اللجوء الى التحكيم ، وما دام التحكيم يتضمن وجود حكم ، فهناك اذن التزام بابرام اتفاق التحكيم في يوم ميلاد المنازعة .

ويلاحظ أن شرط التحكيم يؤدى الى عدم اختصاص محاكم الولاية العامة في كل المسائل التي ينظمها .

لقد حكمت محكمة النقض الفرنسية لصالح عدم اختصاص مطلق ، أما محاكم الاستئناف في غالبيتها العظمى كانت لصالح عدم اختصاص نسبي (58).

وتأسست نظرية عدم الاختصاص المطلق على أساس أن شرط التحكيم باطلا في كل الميادين ما عدا تلك المبينة في المادة 631 تجاري فرنسي (والمتعلقة بالاعمال التجارية) ومن ثم لا يوجد عدم اختصاص لمحاكم الولاية العامة الا بالنسبة للمواد التي تدخل ضمن هذا النص والذي يتضمن الاختصاص المحلي للمحاكم التجارية .

غير أن هذه النظرية لا تحل الا مسألة مختلفة عن المسألة المطروحة بحيث أنه عندما يعتبر شرط التحكيم صحيحا بالنسبة للمواد المبينة في النص المذكور ، فان هذه الواقعة لا تؤسس عدم اختصاص المحاكم ، لكن فقط صحة شرط التحكيم (59) ، وما دام أن التحكيم مؤسسة اتفاقية ، فتعتبر المحاكم غير مختصة لأن الطرفين قد اتفقا على اعطاء الاختصاص الى المحكمين في المواد التي يبقي فيها القيام بذلك مشروعا ، ويصبح عدم الاختصاص اذن نسبيا فقط . وكما سبق ان قلنا فالمادة تنظم صحة شروط التحكيم لا مسألة الاختصاص ، فهذا ليس الا أثرا مباشرا للاتفاقية .

---

(58) روبرت — المرجع السابق — ص167 .

(59)

المطلب الثالث : اتفـــاق التحكـــيم

مما سبق يتضح لنا أن شرط التحكيم سبب قائم قبل وجود الاتفاق ، بل يمكـن اعتباره سببا منشئا للالتزام يتعلق بتسوية المنازعة بواسطة التحكيم • ولذلك تبدو لنا دراسة اتفاق التحكيم مسألة ضرورية •

ويمكن القول في هذا المضمار أن اتفاق التحكيم هو العقد الذي يحيل تسوية الخلافات الى التحكيم بعد ظهور المنازعة ، وهو عقد يصدر بالضرورة في شكل من الاشكال المبينة في المادة 443 من قانون الاجراءات المدنية (البند الاول) كما يتضمن الاتفاق بيانات أساسية يجب تعيينها فيه والا كان باطلا (البند الثاني) •

البند الأول : شكـل اتفـاق التحكـيم

لا بد حتى يكون الاتفاق التحكيم صحيحا ان تجتمع فيه الشروط التالية :

أن يحصل أولا أمام المحكمين الذين يختارهم الخصوم (أولا) وان يثبت في محضر أو عقد رسمي (ثانيا) أو في عقد عرفي (ثالثا) •

(أولا) حصول اتفاق التحكيم أمام المحكمين :

ان قيام الطرفين بتحرير محضر أمام المحكمين هو تصرف بمقتضاه يجتمع هؤلاء معا لعرض النزاع القائم بينهما وأظهار ارادتهما على احالة تسوية النزاع للمحكمين • وفي هذا الصدد تظهر نية الطرفين على تعيين المحكمين وقبول هؤلاء المهمة التي اسندت اليهم ، وعند الاقتضاء ، تعيين الكيفية التي يجرى بها التحكيم • ولا تظهر قيمة اتفاق التحكيم الا بقبول المحكمين وامضائهم للمحضر ، كما تظهر هذه القيمة بصفة ضمنية ، وذلك لمجرد القيام بالمهمة التحكيمية بدون ابداء أية ملاحظة •

ويعتبر المحضر الممضى أمام المحكمين افضل الاشكال المبينة في المادة 443 من قانون الاجراءات المدنية لان قبول المحكمين يعد العنصر الجوهري في بداية التحكيم ، فبدون قبول هؤلاء لا يتم التحكيم [60] •

(60) محمد منطلشطه — المرجع السابق — ص33 •

(ثانيا) حصول اتفاق التحكيم في عقد رسمـي :

العقد الرسمى أو الورقة الرسمية هي الورقة التي يقوم بتحريرها موظف عام مختص وفقا لأوضاع مقررة [61] . وتنص المادة 324 من القانون المدنى الجزائرى أن :
((الورقة الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوى الشأن وذلك طبقا للاوضاع القانونية في حدود سلطته واختصاصه)) .

والحقيقة أن هذا العقد الرسمى لا يتطلب أية ملاحظة ، فكل الشروط العامة المشتركة بين مختلف الاوراق الرسمية تنطبق عليه .

ويتبين من القانون المدنى (المادة المذكورة) أن هناك شروطا ثلاثة يجب توافرها لتكون الورقة الرسمية صحيحة وهي :

1ـ ان يقوم بكتابة الورقة وبتلقيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عـامة .

2ـ أن يكون هذا الموظف أو الشخص مختصا من حيث الموضوع (في حدود سلطاته) أو من حيث المكان (في اختصاصه) ،

3ـ ان يراعى في توثيق الورقة الاوضاع التي قررها القانون .

(ثالثا) حصول اتفاق التحكيم في عقد عرفـي :

العقد العرفى ، وهو العقد الذى يقوم بتحريره الافراد فيما بينهم ، وهي الطريقة الاكثر استعمالا من الناحية العملية ، حتى لو كان أقل حجية من المحضر المحرر أمام المحكمين [62] .

ويظهر الاختلاف بين الورقة الرسمية والورقة العرفية من ناحيتين ، من حيث الشكل ومن حيث الحجية في الاثبات ـ فمن حيث الشكل يشترط في الورقة الرسمية ان

---

(61) عبد الرزاق السنهورى ـ نظرية الالتزام بوجه عام ـ الاثبات ـ اثار الالتزام الجزء 2 . دار احياء التراث العربي ـ بيروت ـ لبنان ص 106 .

(62) جان روبرت ـ المرجع السابق ـ ص67 .

يقوم بتحريرها موظف عام مختص أو مكلف بخدمة عامة وفقا لأوضاع مقررة - أما الورقة العرفية فالشرط الوحيد لصحتها هو توقيع المدين •

ومن ناحية الحجية في الاثبات ، فالورقة الرسمية لا تسقط حجيتها الا عن طريق الطعن بالتزوير ، أما الورقة العرفية فيكتفى انكار الخط أو التوقيع •

وأخيرا يجب التساؤل عن قيمة اتفاق التحكيم الغير مكتوب ، لقد حكمت محكمة باريس بموجب عدة احكام ، أن اتفاق التحكيم ليس عقدا شكليا ، فقط بل هو ((عقد اتفاقي وان اثبات وجوده يمكن أن يكون بكل الوسائل))(63) واذا كانت الكتابة وسيلة للاثبات وهي ليست الا احد هذه الوسائل في الاثبات •

غير أن تبرير الكتابة على أساس أن المادة 443 لا تعدد سوى الكتابة من بين التصرفات أو العقود التي تعتبرها المادة قابلة لأقامة اتفاق التحكيم ، تبقى حجة غير كافية • فيجب الاعتبار أولا أن التعداد الذى جاءت به المادة 443 ليس على سبيل الحصر ومن ثم لا يمكنها أن تتضمن تحديدا أو حصرا لوسائل الاثبات •

وهكذا فالبطلان الناتج من عدم وجود الكتابة بطلان نسبي يمكن تصحيحه باجازة لاحقة للطرفين •(64) وذلك بحضورهما الارادى للمثول أمام المحكمين بدون ابداء أية ملاحظة •

البند الثاني : مضمون اتفاق التحكيم •

تنص المادة 444 على ما يأتي : ((يعين اتفاق التحكيم موضوعات النزاع وأسماء المحكمين والا كان باطلا • • •)) ويتضح من هذه المادة المذكورة أن اتفاق التحكيم يجب أن يتضمن - والا كان باطلا - موضوعات النزاع (أولا) وأسماء المحكمين (ثانيا) غير أن اتفاق التحكيم يمكن ان يتضمن بيانات أخرى (ثالثا) •

(أولا) : تعيين موضوعات المنازعة : ان تعيين محل المنازعة له دورين : فمن جهة يسمح بمعرفة طبيعة المسائل المتنازع فيها التي استبعدت عن اختصاص

---

(63) عن جان روبرت - المرجع السابق - ص69 •
(64) محمد حسنين - الوجيز في نظرية الالتزام - الجزائر 1983 • ص81 •

المحاكم العادية ، ومن جهة أخرى لا يستطيع المحكم البت الا في المسائل التي عين من أجلها وهكذا يسمح تعيين محل المنازعة بمراقبة الحكم بما لم يطلبه الخصمين أو بأكثر منه . وحول هذه النقطة اتخذ القضاء الفرنسي اتجاها ليبراليا واسعا عندما قرر كفاية البيان العام عن طبيعة المسائل المتنازع فيها التي تم ابعادها عن المحاكم القضائية.(65) ولذلك يقع باطلا الحكم الذى يصدره المحكمون دون اتفاق التحكيم (المادة 458 / 1) أو اذا صدر الحكم بشئ لم يطلبه الخصم (م 5/458) .

أما الطلبات العارضة التي تعتبر تابعة للطلب الاساسي المبين في اتفاق التحكيم ، فيستطيع المحكمون البت فيها بقوة القانون بدون أية حاجة لاتفاق جديد وهذا يستنتج من المادة 96 من قانون الاجراءات المدنية.(66)

أما بالنسبة للطلبات الاضافية التي ليست تابعة للطلب الاساسي وكذلك الطلبات المقابلة ، فيجب ابرام اتفاق تحكيم جديد يبين فيه هذه الطلبات الجديدة وأن عدم تعيين موضوعات النزاع في اتفاق التحكيم يؤدى الى بطلانه (المادة 444 من قانون الاجراءات المدنية) .

(ثانيا) : تعيين أسماء المحكمين : يجب أيضا تعيين أسماء المحكمين ، ويلاحظ أن القانون أوجب تعيين أسماء ((المحكمين)) بالجمع ، لكن لا شئ يعارض في الحقيقة على تعيين محكم وحيد أو ان يظهر وحده في اتفاق التحكيم . والواقع ان صيغة الجمع تتعلق بالنظام الكلاسيكى المستعمل في تعيين المحكمين وهو قيام كل طرف بتعيين محكم عنه ويعين المحكمان محكما مرجحا اذا لم يتفقا .

أما فيما يخص تعيين المحكمين بالاسم ، فقد اعتقد الفقه عدم اتباع حرفية النص وامكانية تعيين المحكمين بصفتهم كمدير معهد الحقوق بالجزائر أو مدير الغرفة التجارية

---

(65) نقض تجارى بتاريخ 11 مارس 1969 — 6170 . 2 . 195 ، 1969 ،
J.C.P, 1969, 195. II . 6170 Note Barbia

(66) لقد حكم القضاء الفرنسي بامكانية تمديد اختصاص المحكمين الى كافية الطلبات التبعية ،
DOUAI 7/10/57 . Rev. Arb 1959, 14

الدولية [67] لكن يفضل رغم ذلك أن يعين المحكم باسمه ما دام ان اتفاق التحكيم ينتج آثاره مباشرة على خلاف شرط التحكيم ، فتعيين المحكم مسبقا ، سوف يؤدي الى عدم تحقيق الغرض ، اذ أن انتظار النزاع الذي قد يحصل في بعض الأحيان بعد عدة سنوات قد يجعل من المحكم غير قادر على القيام بمهمة التحكيم . فوضع اسم المحكم في شرط التحكيم قد يخلق صعوبات هامة في حالة موته أو غيابه ، لذلك يستحسن تعيينه تحت شكل مختلف عن الاسم حتى لا يترك أي شك حول هوية الشخص المعين . وتعتقد أن عدم كفاية تعيين اسم المحكم لا يسمح بتشخيصه يعد بمثابة عدم وجود تعيين المحكم ويؤدي ذلك الى ابطال اتفاق التحكيم .

أضف الى ذلك فان بطلان اتفاق التحكيم ، يحصل اذا تم تعيين محكمين غير أهل لممارسة وظائف المحكم أو اذا كان الشخص الذي عينه الطرفان ليس موكلا قانونا بالقيام بهذه المهمة كناقص الاهلية أو عديمها .

(ثالثا) : **البيانات الاخرى** : اذا كان تعيين موضوعات النزاع وأسماء المحكمين هنا البيانين الوحيدين الذين يجب أن يتضمنها اتفاق التحكيم والا تعرض للبطلان فانه يمكن تصور امكانية ظهور بيانات أخرى غالبا ما تظهر في اتفاقية التحكيم .

1- وأول ما يمكن ان يذكر في هذا الصدد : مدة التحكيم . وضرورة تحديد مدة التحكيم تنتج من المبدأ الذي يقضي بأن التحكيم استثناء على القاعدة العامة . ولذلك يجب أن لا يبتعد الطرفان عنها الا لوقت محدود وأن لا يتعرضان لتجميد العدالة (نظرا لضعف المحكمين مثلا) ، ولذلك يجب أن تكون المدة محددة وقصيرة تقدر بثلاثة أشهر عند عدم تعيين الميعاد ، يقوم فيه المحكمون بمهمتهم ((التي تبدأ من تاريخ تعيينهم بمعرفة أطراف العقد أو من تاريخ صدور الأمر (الامر بتعيين المحكم ...))[68] ويستطيع الطرفان تمديد هذا الميعاد ، كما يمكنهما ترك هذه المهمة للمحكمين بواسطة

---

(67) محمد منطلشطة - المرجع السابق - ص33 .

(68) الفقرة 5 من المادة 444 من قانون الاجراءات المدنية .

النص في اتفاق التحكيم على امكانية تمديد الميعاد الذى تم تحديده في الحالة التي يعتقدان فيها أن ذلك ضروريا لختم كل العمليات ، وفي ظل هذا الشكل يبقى الطرفان كما يريده القانون أسياد ميعاد اتفاق التحكيم (المادة 6/444 اجراءات مدنية) .

وفي كل الاحوال لا يمكن ان يقل الميعاد عن خمسة عشر يوما ، وهذا ما يفهم على الأقل من المادة 449 من قانون الاجراءات المدنية . أما إذا اختيار الطرفان نظام مركز التحكيم أو هيئة من الهيئات التحكيمية ، فان الميعاد المبين في هذا النظام هو الذى يحل محل الميعاد الاتفاقي وليرهنات ما يفرض تطبيق الميعاد القانوني .

2— يستطيع الطرفان تضمين اتفاق التحكيم قواعد اجرائية تخالف الأوضاع المقررة والاجراءات اللازمة — فتبين المادة 446 ضرورة اتباع المحكمين والأطراف المواعيد والاوضاع المقررة أمام المحاكم ما لم يتفق الاطراف على خلاف ذلك — واتفاق الطرفين يمكن أن يكون ضمنيا كما يمكن أن يكون صريحا — صريحا فلا يتطلب أية عبارة جوهرية أو شكلية بل فقط الاشارة بوضوح الى نيتهما تجاه ذلك . ضمنيا فذلك لا يعني ان تكون نية أو ارادة الطرفين أقل وضوحا ،أو غير أكيدة ، ولذلك يستنتج الاتفاق الضمني من احالة الطرفين المنازعة الى محكم مفوض بالصلح بحيث ان المحكم المتمتع بهذه الصفة يكون معفيا من اتباع القواعد الموضوعية ومن باب أولى من متابعة القواعد الشكليــــة .

وفي كل الحالات لا يستطيع الطرفان التخلي عن بعض الاشكال الآمرة فهي بصفة عامة تلك المبينة في المادة 449 من قانون الاجراءات المدنية ، وبصفة خاصة القواعد المتعلقة بحقوق الدفاع بتعليل الاحكام .

3— أخيرا يستطيع الطرفان تضمين اتفاق التحكيم بيانات يتخلى فيهما الطرفان عن طرق الطعن وهي الطرق المستعملة أمام المحاكم .

البـــــاب الأول

نطـــاق تطبيــق شــرط التحكيم و شــروط صحتــه

بعد أن استعرضنا تعريف شرط التحكيم و طبيعته القانونية يبدو لنا منطقيا في هذا المجال تحديد نطــاقه و شــروط صحتــه •

ان ابرام العقود الاقتصادية الدولية يقتصر على الدولة أو احد هيئاتها العامة و ذلك طبقا للقانون رقم 78ــ02 المؤرخ في 11 فبراير 1978[69] والمتعلق باحتكـــار الدولة للتجارة الخارجية الذى يحظره بالتالي على الاشخاص الخاصة سلطة ابــرام العقود مع الاشخاص الاجنبية و لذلك سوف تكون دراستنا مقتصرة على تحديد نطـــاق شـرط التحكيم الذى يقتصــر في الحقيقــة على الاشخاص العــامة دون الاشخـــاص الخــاصة (الفصل الأول) •

غير أنه يشــك في قدرة بعض هذه الاشخـــاص المذكورة على طلب التحكيم ولذلك يبدو لنا ضروريا التطرق لشروط صحـــة شرط التحكيم (الفصل الثاني) •

---

(69) الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ــ صفحة 171• سنة 1978•

الفصـــل الأول : نطـــاق تطبيـــق شرط التحكيـم

لقد ساد الاعتقاد أن الدولة لا تستطيع ان تطلب التحكيم ٠ والحقيقة أن هـــذا الحظر عرف تطور كبيرا وهو يعود الى حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية السكـــك الحديدية الشمالية ٠ وهكذا اثار السيد ((روميو)) مندوب الحكومة أولا الحظر المبين في المادتين 83 و 1004 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي ثم أضاف : ((لا يستطيع الوزراء احالة تسوية النزاع الى المحكمين لانهم (أي الوزراء) لا يستطيعون التخلص من اختصاص المحاكم القضائية الموجودة ٠٠٠))(70) ٠

ويلاحظ أن هذه الاسباب المقدمة قد انتقدت انتقادا مريرا أدى باقتصارهـــا على الدولة والاشخاص المعنوية الادارية (المبحث الأول) ٠

غير أن ضرورات التبادل الاقتصادي والتجاري التي تقوم بها الدولة والاشخاص المعنوية العامة مع الاطراف الاجنبية قد أعادت تطرح مسألة معرفة ماذا كان باستطاعتهـــا ابرام اتفاقيات تحكيم لتسوية المنازعات التي قد تبرز مع هذه الاطراف ، خاصة اذا مـــا عرفنا ان هذه الأطراف ولأسباب عديدة تفضل اللجوء الى التحكيم بدلا من تسويـــة المنازعات عن طريق المحاكم الوطنية (المبحث الثاني) ٠

المبحث الاول : مدى قدرة الدولة والاشخاص المعنوية العامة على طلب التحكيم ٠

لقد تأسس الحظر الذي ضرب أهلية الدولة والاشخاص المعنوية العامة على طلب التحكيم على أسباب عديدة ٠ فتصبح دراسة هذه الاسباب لازمة للاحاطة بالاساس الـــذي يرتكز عليه الحظر (المطلب الاول) ثم مدى تطبيق هذا الحظر على الاشخاص المعنويـــة العامة والاستثناءات التي قللت منه (المطلب الثاني) ٠

---

(70) Conclusion sous conseil d'Etat : 17 Mars 1893. Arrêt chemin de fer C/Hospice de montpellier S. : 1894, 3, 123.

المطلب الأول : أســاس الخطــر

لقد خصص القضـاء باجماع المحاكم الادارية والعادية هذا الخطر الموجـه للاشخاص المعنوية العامة لطلب التحكيم (البند الاول) غيرأن دراسة نقدية لأســس هذا الحظر تكشف عن ضعفها (البند الثاني) •

البند الأول • أسبــاب استحالة طلب التحكيم

ان هذه الاسباب على نوعين ، فتوجد أولا الاسباب القانونيـة المباشرة التـي تبينها النصــوص (أولا) كما توجد مبررات نظرية تعزز هذه النصوص (ثانيا) •

(أولا) الأسباب القانونية :

تأسست مسألة معرفة ما اذا كان التحكيم مباحا أو محظورا على الاشخاص المعنوية العامة على تركيب المادتين 83 و 1004 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي ومن ثـم لا يمكن طبقا للمادة 1004 طلب التحكيم في المسائل الخاضعة لاطلاع النيابة العامـة والتي توجد في الصف الاول لهذه المسائل في المادة 83 ((الدعاوى التي تهم الدولة ، البلديات والهيئات العامة)) • فانه يبدو منطقيا رفض اختيار التحكيم للدولة ، البلديات والهيئـات العامة (71) •

والحقيقــة أن النصوص القديمة المذكورة لا تتناول المشكلة بصورة مباشرة بـــل تناولتها بشكل غير مباشر وهي لا تقيم عدم أهلية كاملة للاشخاص المعنوية العامـة ، بـــل تمنع اتفاق التحكيم على الدعاوى ، أما الاشخاص الذين تهمهم هذه الدعاوى فلا تتأثـــر الا نتيجة لذلك • بمعنى اذا ركبنا احكام المـــــادة 83 المتعلقة بالاشخاص المعنوية العامة مع التفسير القضائي (72) الذي تم مع تفسيرات نفس النص المتعلقة بعديمي الاهلية يبدو أن الخطــر قاطع وغير قابل للتأويل ويفرض بكل بسـاطة على المحاكم ذات الولاية العامـة • وعلى العكس فان المشكل يطرح بصفة مختلفة بالنسبة للمحاكم الادارية في ظل سلطـة المبـادئ • وليس تطبيقا لنـص شكلي مما يترك حرية اكبر للقاضي • وهذا ما صرح بــــه

---

(71) J. RIVERO : Personnes morales de droit public et arbitrage Rev. Arb. 1973, n° 4, P. 264.

(72) جان ريفيرو — المرجع السابق — ص265 •

مندوب الحكومة غازييه : ((ليس في نظرنا المادتين 83 و 1004 من قانون الاجراءات المدنية هما اللتان تشكلان الاساس القانوني الحقيقي للقاعدة فهما ليس سوى واجهة تشريعية لمبدأ قانوني عام ... : مبدأ بمقتضاه لا تستطيع الادارة أن تطلب التحكيم ...)) (73).

فما هو موقف النصوص القانونية الجزائرية من التحكيم ؟ اننا نجد نفس النصوص تقريبا في قانون الاجراءات المدنية ، حيث تنص الفقرة 3 من المادة 442 على ما يلي : ((... ولا يجوز للدولة ولا للاشخاص الاعتباريين العموميين ان يطلبوا التحكيم ...)) واذا أخذنا بحرفية النص تصبح الاشخاص المعنوية العامة والدولة غير قادرة على طلب التحكيم .

أضف الى ذلك فان القانون البترولي (74) وقانون الاستثمارات ينفران أيضا من التحكيم . ففي الميدان البترولي عرف التحكيم عدة مراحل يمكن ذكرها بسرعة . فبموجب أمر 22 نوفمبر 1958 والمتضمن القانون البترولي الصحراوي (74) يرفع الاختصاص في كل المنازعات التي تدخل في ميدان تطبيقه الى مجلس الدولة الفرنسي غير أن الوضع سرعان ما تغير أولا بواسطة اتفاقيات ايفيان التي تضمنت في الكتاب 4 طرق تسوية المنازعات لمحكمة دولية للتحكيم ، ثم الاتفاق الجزائري الفرنسي المبرم بتاريخ 26 يونيو 1963 الذي نص على محكمة تحكيمية مؤقتة ثم تواصل هذا الوضع أخيرا بواسطة الاتفاق الجزائري — الفرنسي المبرم بتاريخ 29 يوليو 1965 (75).

---

(73) Cité par H. MOTULSKY : Note sous conseil d'Etat. AFF. : S.N.V.S. OPECIT P. 108.

(74) أمر رقم 71—24 مؤرخ في 12/04/71 يتضمن تعديل الامر رقم 58— 1111 المؤرخ في 22/11/ 1958 والمتعلق بالبحث عن الوقود واستغلاله ونقله بواسطة القنوات وبالنظام الجبائي الخاص بهذه النشاطات .

(75) مرسوم رقم 63— 364 . مؤرخ في 14 سبتمبر 1963 ومتعلق بنشر اتفاق جزائري فرنسي يتعلق بالتحكيم وبملحق مبرم في باريس بتاريخ 26 يونيو 1963 .
— الاتفاق الجزائري الفرنسي المبرم بتاريخ 29/7/1965 والمتعلق بتسوية المسائل المتعلقة بالمحروقات وبالتنمية الصناعية للجزائر المصادق عليها بمرسوم 65—287 بتاريخ 18/ 1/ 1965

غير أن هذه القوانين و هذه الاتفاقات قد تجاوزتها الأحداث ، و لذلك يجب الوقوف عند القوانين الحديثة . فنرجع الى التأميمات الكبرى المتدخلة بتاريخ 24 فبراير 1971 التي حددت الأطر الجديدة لنشاط الشركات البترولية في الجزائر و تؤكد المادة 7 من الأمر رقم 2471 بتاريخ 12 ابريل 1971 ان الخلافات المتعلقة بالضرائب ترجع الى المجلس الاعلى الذى يبت فيها ابتدائيا و نهائيا (76) ، و فسر هذا النص بأنه اعادة نظر في الاجراء التحكيمي . (77)

أما في اطار قانون الاستثمارات فان الامر الصادر بتاريخ 15 سبتمبر 1966 لا يثير مشكلة تسوية المنازعات ، و استنادا الى المادة 10 منه التي تطرح مبدأ التساوى أمام القانون ((خاصة في المسائل الجبائية)) يستنتج التزام الشركة الاجنبية بالالتجاء الى القاضي الجزائرى .

و يستخلص من الفقرة 3 من المادة 442 من قانون الاجراءات المدنية ، و المادة 7 من قانون البترول و المادة 10 من قانون الاستثمارات أن الحظر يسرى على الدولة و الاشخاص المعنوية العامة في طلب التحكيم .

غير أن هذه الاسباب ليست مجدية حيث توجد أسباب موضوعية تعتبر اكثر فعالية .

(ثانيا) الأسباب الموضوعية :

اكثر معنى و فعالية هي الحجة التي جاء بها مندوب الحكومة روميو : ((لا يستطيع الوزراء التخلص من المحاكم الموجودة ، بعبارة اخرى ، اذا حرمت الاشخاص المعنوية العامة من حقها في طلب التحكيم ، فان ذلك يعود خشية من تخلص ممثلي الشخص المعنوى بواسطة اتفاق التحكيم ، من اختصاص القضاة العاديين الذين وجدوا لحماية المصلحة العامة التي تكون قد غابت على اعوان الدولة أو المجموعات العامة ...)) (78) .

---

(76) هامش 74 .

(77) N. TERKI : Sociétés étrangères en Algérie O.P.U. 1976, P. 245 - 246.

(78) هامش 70 ص 119 .

ا . ويضاف أن الاختصاص الاداري لا يسمح بالشرط الاستثنائي ولا بامتـــداد الاختصاص فهو لا يتضمن أية ثغرة يمكن بموجبها (خاصة وان المحاكم الادارية مختصة بتقييم السلطة العامة) أن يدخل اختصاصا تحكيميا اتفاقيا (79) .

علاوة على ذلك ان اتفاق التحكيم يشكل تعهدا يؤدي في نتائجه الاكثر خطورة الى تصرف بدون مقابل للحقوق المتنازع فيها . واذا وضعنا وظيفة الحكم وطابع قرار التحكيم الكاشف جانبا ، يبدو لنا اتفاق التحكيم كتصرف بمقتضاه يكلف الغير بمهمة البت في مصير الحقوق المتنازع فيها بدون أن نتأكد مع ذلك ما اذا كانت الصلاحية التي يقررها لصالح الخصم قد تكون بمقابل . وهناك نظرة قديمة حول التحكيم ترى في اتفاق التحكيم تصرفا قريبا في النهاية من التصرف بدون عوض . ويمكن أن نتصور من ثم ان ممثلي الاشخاص المعنوية العامة لا يمكنها الاتفاق على طلب التحكيم (80) .

ويمكن ان يخشى أيضا من أن يشكل اتفاق التحكيم وسيلة لاخفاق قواعد النظام العام التي تتعلق بالاختصاص الاستئثاري للمحاكم الادارية . ان مبدأ الفصل بين الاعمال الادارية والعادية الذي يؤدي الى اختصاص المحاكم الادارية بالنظر في جزء كبير من المنازعات التي تهم الدولة وأجهزتها ، قد ينهار اذا كان لممثلي هؤلاء الاشخاص العامة القدرة ، بواسطة اتفاق التحكيم ، ابعاد الاختصاص الاستئثاري للمحاكم الادارية ، ففي الوقت الذي تكون فيه الشروط الاستثنائية على قواعد الاختصاص غير مقبولة ولا يسمح في الوقت نفسه بتمديد الاختصاص ما دامت هناك مسألة أولية (81) ، فكيف يمكن الاعتراف باتفاق التحكيم ؟ أضف الى ذلك ، فان الاختصاص الاستئثاري للمحاكم الادارية يرتكز على اعتبار موضوعي معروف يبرر أن المنازعات التي تثير شروطا استثنائية على القانون العادي لا تخضع للتحكيم .

---

(79) روبيت ـ المرجع السابق ـ ص38 .

(80) P. LEVEL : Jurisclasseur Proc. Civ. Fasc IV, 4ème cahier P. 18

(81) H. MOTULSKY : Question préalable et question préjudicielle en matière de competence arbitrale - OPECIT - P. 208 et SS.

ويكون لهذه الحجة من دون شك أثرا محددا ، لان الاختصاص الادارى الاستئثارى لا ينطبق الا على المنازعات التي تتعلق بالقانون العام ، بينما منع التحكيم لا يخص سوى محل أعمال الاشخاص العامة بغض النظر عن كون هذا المحل يثير أو لا يثير قاعدة من قواعد النظام العام ، غير أن خطر التحكيم فيما يخص محل أعمال الاشخاص المعنوية يبرر بسبب أن اتفاق **التحكيم** يخل من اختصاص القاضى الادارى بصدد منازعة يمكن للقاضى العادى أن يصرح بعدم اختصاصه لصالح القاضى الادارى. (82)

هذه هي المبررات التي قدمت لتبرير عدم قدرة الدولة على طلب التحكيم . فهل يمكن نقل هذه المبررات لتبرير عدم قدرة الدولة الجزائرية و الاشخاص المعنوية العامة التابعة لها على طلب التحكيم ؟

ان نظرية ازدواجية القضاء لا وجود لها في الجزائر فلا يمكن اذن اخذها لتبرير الحظر الواقع على الدولة و الاشخاص المعنوية العامة ، ولا يمكن الاستناد أيضا على قواعد النظام العام التي تتعلق بالاختصاص الاستئثارى للمحاكم الادارية و ذلك لنفس السبب ، فيبرر الحظر اذن بحجج أخرى ، وخاصة سوء تقييم المنفعة العامة من قبل الافراد (83) غير أن هذه الحجة غير كافية لوحدها لتبرير هذا الخطر لذلك يجب البحث عن أسس أخرى.

ويبدو لنا أن الاساس الاقرب الى الصواب هو الاساس السيكولوجي المستخرج من فكرة القدوة والمثل — فاذا كانت الدولة نفسها تتهرب من سلطة القضاة **التي** اقامتهم للبت في منازعات مواطنيها ، فكيف يمكن لهؤلاء أن يثقوا في العدالة ؟

وبصفة أعمق ربما توجد الحجة في قيمة الشخص العام المالية وسمعته ، وفي مقدمته الدولة ، فانها تحط من قيمتها ، نوعا ما ، عندما تسمح لافراد عاديين البت في المصالح التي تحرسها ، بل كيف يمكنها ، بواسطة اتفاق التحكيم ، أن تتصرف في هذه المصالح بكل حرية و ان تحرم من كل طرق الطعن ، و من كل الوسائل التي يمنحها أياها النظام

---

(82) H. MOTULSKY : L'arbitrage commercial et les personnes morales de droit public - OPECIT - P. 89 et SS.

(83) محمد منطلشطة — المرجع السابق — ص43

القضائي ، فهي تستطيع الاتفاق على الصلح ، لكن في هذه المرحلة ، فهي تدرك ماذا تخسر ، وهذا ما تجهله في مرحلة اتفاق التحكيم.(84)

غير أن هذه الحجج القانونية والموضوعية لم تسلم من النقد •

البند الثاني : تقييم أسباب استحالة طلب التحكيم

ان الحجج القانونية المقدمة ، سواء في القانون الفرنسي (قانون الاجراءات المدنية) أو القانون الجزائري(قانون الاجراءات المدنية ، قانون البترول وقانون الاستثمارات) لم تسلم من النقد (أولا) بل وحتى الحجج الموضوعية التي تبدو مقفعة قد انهارت أمام التدخل الكبير الذى عرفته الدولة في الميدان الاقتصادى (ثانيا) • ان ثورة الفقه على مبدأ عدم قدرة الدولة على طلب التحكيم يكشف نجاح هذا النقد الذى ترك اثره على القضاء (خاصة القضاء الفرنسي) وبسبب قيمة مثل هذا الجهد الفقهي لدى المحاكم يجب الاشارة الى الخطوط الكبرى للنقد الواقع على القضاء المذكور•

(أولا) تقييم الحجج القانونية : ان بعض المنازعات حسب المادة 83 من قانون الاجراءات الفرنسي يجب ابلاغ النيابة العامة بها حتى تطلع عليها •

واذا ركبنا أحكام المادة 83 مع أحكام المادة 1004 من قانون الاجراءات المدنية يصبح أساس الحظر (وربما الاساس الوحيد) يكمن في الحماية الخاصة التي تتمتع بها المجموعات العامة لدى المحاكم الفرنسية من خلال احالة الدعاوى المتعلقة بها الى النيابة العامة للادلاء برأيها •

غير أن هناك دعاوى كثيرة تهم الدولة والمجموعات العامة وتقع في اختصاص المحاكم التجارية التي لا يوجد بها ممثلا للنيابة العامة (85) كما هو الحال مثلا بالنسبة للاعمال التجارية التي تبرمها الدولة والمجموعات المحلية ((كعقود البناء ، بيع واعادة بيع السفن المخصصة للملاحة البحرية الداخلية أو الخارجية ، وعقود ايجار هذه السفن ...)) (86).

---

(84) ريفيرو : المرجع السابق ـ ص269•

(85) Ch. CARABIBER : L'arbitrage international de droit privé -1960 P. 135.

(86) أنظر المادتين 631 و 633 من القانون التجارى الفرنسي •

ويمكن الاحتجاج على ذلك بأنه اذا كانت الدولة لا تستطيع طلب التحكيم فذلك لا يعود الى ان القانون الفرنسي يبطل شرط التحكيم ، بل الى أن الدولة ليست لهـا الاهلية الكاملة لطلب التحكيم نظـرا للاحكام المركبة من المادتين 83 و 1004 مـن قانون الاجراءات المدنية الفرنسي اللتان تجدان تطبيقا مؤكدا كعنصر من عناصر الاحوال الشخصية للشخص المعنوى العام الخاضع للقانون العام .

غير أن نـص المادة 83 لا يطرح حظرا عاما على طلب التحكيم و الفقرة الاولـى منها لا تبعد الاشخاص المعنوية العامة من ابرام شرط التحكيم صراحة بسبب صفتهـم ، بل على العكس فانها تجمع في نفـس التعداد الدعاوى التي تهم الدولة ، البلديـات النظام العام ، الدومينات ، الوصايا و الهبات المقدمة للفقراء ، مما يدل بصفة أكيـدة على أن استحالة طلب التحكيم تتحقق استنادا على محل شرط التحكيم و ليس بسبب صفة الطرفين . و من جهة أخرى يمكن تفسير هذه الفقرة على أنها تحظر التحكيم فـي المنازعات التي تثير القواعد الغير مألوفة في الشريعة العامة و مع ذلك فطابع الاطلاع من النيابة العامة بسبب الشيء الذى يقع عليه المنازعة لم يمنع القضاء من التمييز في الدعوى بين ما هو متعلق بالنظام العام و الذى يجب ابعاده بالتالى عن معرفة المحكمين ، وبين ما هو مثير لمصالح خاصة فقط و يمكن أن يكون محلا لاتفاق التحكيم (87) ، وبالتـالى فالمادة لا تحظر التحكيم على الاشخاص المعنوية العامة في المنازعات التي لا تثـير صلاحيات السلطة العامة ، وبصفة خاصة فهي لا تطرح قـاعدة أن خطر التحكيم على الاشخـاص المعنوية العامة يتعلـق بصفتها اكثر مما يتعلـق بطابع النظام العام للمحل المحتمل لاتفـاق التحكيم .

تلك هي الانتقادات المقنعة للنصوص القانونية الفرنسية ، فهل يمكن أن نوجـه انتقادات للنصوص القانونية الجزائرية ؟

---

(87) Cours de Paris : "Sté TOTALIMENT" 15 /06/ 1956 note . H. MOTULSKY" limites du domaine de l'arbitrage OPECIT- P. 62 et SS.

ويبدو النقد صعبا للوهلة الاولى ، خاصة أن حظر الاتفاق على التحكيم لا ينتج من تركيب ما دتين لا تتطرق الى الموضوع مباشرة ، بل هو مبين وبكل وضوح في المادة 442 الفقرة 3 منها من قانون الاجراءات المدنية والتي تنص ((... ولا يجوز للدولة ولا للاشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم ...)) وان استطاع القضاء الفرنسي الحكم بأن المسألة ليست مسألة أهلية فذلك يعود الى ان النصوص الفرنسية قديمة جدا ، بل أن تحرير النصوص نفسه قد سمح بالتأويل . غير أن النصوص القانونية الجزائرية على العكس من ذلك ، فعلاوة على انها حديثة ، فهي محررة بطريقة لا تسمح بهذا التأويل ، فيصعب البت في هذه المسألة على أساس أنها ليست مسألة اهلية خاضعة للمادة 10 من القانون المدني (88) غير أن اذا كانت أهلية الاشخاص المعنوية العامة الخاضعة للقانون العام تخضع لاحكام القانون الذى ينشئها ، واذا كان الحال كذلك في الجزائر عندما يتصرف الشخص المعنوى الاجنبي كشخص قانون عام وفي حدود الصلاحيات الممنوحة له من القانون الذى انشأه ، فلا يكون كذلك اذا كانت الدولة مثلا عارية من صفتها كسلطة عامة وتتصرف كالافراد وتبرم عقودا خاصة تكيف بأنها أعمال تجارية من طرف قانونها ، لانه لا يمكن وذلك لنفس العلاقة القانونية ان تكون ((لابسة اللباس العسكرى واللباس المدنى في نفس الوقت)) (89) . واذا تصرفت الدولة مع فرد متعاقد في الجزائر ((بدون طيش ولا اهمال وبحسن نية)) فينطبق عليها مبدأ ((الغلط المغتفر)) الذى لا يفسر من جانب واحد معنى ذلك أن الجزائرى الذى يتصرف في نفس الحالة في الخارج ، فان أهليته تخضع لقانون الضبط الاجنبي وبصفة أدق قانون البلد الذى يبرم فيه العقد الذى يتغلب على قانون الاحوال الشخصية الجزائرى .

---

(88) M. ISSAD : Les techniques juridiques dans les accords de developpement économique. in droit international et developpement - Actes du colloques internatioal tenu à Alger du 11 AU 14 /10/ 76.

(89) شارل كارابيبيه — المرجع السابق — ص137.

أما فيما يخص القانون البترولي لسنة 1971، لقد سبق أن قلنا أن المادة 7 منه قد فسرت بأنها اعادة نظر في مؤسسة التحكيم • غير أن هذا التأكيد ليس محددا لأنه لا يشرح عنوان المادة 7 الضيق • فعندما نص المشرع على أن الخلافات المتعلقة بالضرائب تعود الى اختصاص المجلس الاعلى فانه لاحظ الارتباط الضيق بين السيادة والضرائب فأصدر مبدأ عدم قابلية الضرائب للتحكيم وفي نفس الوقت جسما باستثناء على القواعد الداخلية للاختصاص القضائي بحيث أن المنازعات المتعلقة بالضرائب تعود كقاعدة عامة ، لاختصاص المجالس القضائية • ونفس النقد يمكن أن يوجه لقانون الاستثمارات الصادر بتاريخ 15 سبتمبر 1966، فالمادة 10 منه قد فسرت على أنها تطرح التزام باللجوء الى القاضي الجزائري ،وهنا يبدو صعبا مشاطرة هذا الرأى•

ليس صحيحا ، كما يقول بن شنب تفسير المادة 10 من قانون الاستثمارات ، كمصدر التزام على عاتق المستثمر الاجنبي باللجوء الى المحكمة الجزائرية ،أولا تتحدد هذه المادة في فصل معنون ((الضمانات العامة)) وان قراءته تدل على أن الأمر يتعلق بضمانات معترف بها للمستثمر • وأن القول بأن ذلك التزام يبدو غير مقنع • ثانيا أن هذه المادة تشبه فقط الاجنبي بالوطني عندما يكون مستثمرا ، مع التحفظ بالاحكام الاصلح المبينة في نفس النص خاصة في ميدان مراقبة الصرف (91) •

(ثانيا) **تقييم الحجج الموضوعية :** يجب التمييز في نشاط الاشخاص المعنوية فيما اذا تضمن اختصاصات السلطة العامة وتخضع منازعتها للمحاكم الادارية وما لم يرتبط بمثل هذه الاختصاصات فيخضع للمحاكم العادية (92) •

---

(91) علي بن شنب ـ المرجع السابق ـ ص299•

(92) GOYARD : la competence des tribunaux judiciaires en matière administratives. Cité par LEVEL OPECIT - Fasc IV, 4ème cahier, N° 85.

ان كل المنازعات ترتكز على هذه التفرقة ، و يصعب قبول التمييز الذى يسمح باخضاع المنازعات التي تهم الاشخاص العامة الخاضعة لطرق تسيير خاصة للمحاكم التجارية لا يسمح لنفس هؤلاء الاشخاص المعنوية ابرام اتفاقيات تحكيم التي تعتبر في الواقع نتيجة للعمليات التجارية التي تطلب تحقيقها •

ان مبدأ عدم قدرة الدولة على طلب التحكيم قد خصص للمرافق العامة الادارية فقط و "المؤسسات العامة ذات الطابع الادارى الخاضعة للمحاكم الادارية"(93) ، فهذا التمييز اذن بين النشاط الذى يثير قواعد القانون الخاص البحت وذلك الذى يثير صلاحيات السلطة العامة يجب ان ينقل الى ميدان التحكيم • فالهيئات العامة التجارية و الصناعية الخاضعة في تسييرها للقانون الخاص يجب أن تكتسب قدرة كاملة في طلب التحكيم في كل منازعة تتعلق بالعمليات التجارية التي سوف تبرمها وفقا للغاية التي انشئت من أجلها • وهذه القدرة في طلب التحكيم لا يمكن ان تضمحل الا في الفرضيات التي تكون فيها هذه الاشخاص المعنوية العامة داخلة في نزاعات تثير قواعد القانون العام •(94)

ان اتخاذ المدلول المادى في ميدان التحكيم يؤدى الى طرح قرينة قدرة الاتفاق على التسوية بالنسبة للهيئات العامة الصناعية والتجارية وقرينة عدم قدرة الاشخاص المعنوية العامة الاخرى مع الاخذ في الاعتبار في كل فرضية ان هذه القرينة يمكن أن تضمحل اذا تعلقت المنازعة بالنظام العام (في حالة الهيئات العامة التجارية و الصناعية) أو اذا كانت المنازعة لا تثير صلاحيات السلطة العامة (بالنسبة للاشخاص المعنوية العامة الاخرى) •

---

(93) هانرى موتولسكى : تعليق حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 13/12/1957 • قضية الشركة الوطنية لبيع الفوائض — المرجع السابق — ص 109 •

(94) في نفس المعنى يقترح الاستاذ ((د وران)) على القاضي ان يدرس المنازعات المتعلقة بالتحكيم حالة بحالة •

وتبقى اذن ، اخيرا ،حجة الحظر العام على طلب التحكيم المبنية على أساس ان اتفاق التحكيم سوف يؤدى ضمنا الى تسوية مسألة اختصاص استئثارى مما يتعلق بالنظام العام ويستبعد عن التحكيم .

ان هذه الحجة ، رغم جدينها ، فهي ليست مقنعة ، لقد تم قبول صحة اتفاق التحكيم الذى يؤدى محله الى تطبيق قاعدة قانونية عامة ما دام ان اتفاق التحكيم لا يشكل بذاته خرقا للنظام العام ولا يجعل من المحكمين قضاة لهذا الخرق.(95) ويمكن قبول امكانية ابرام الشخص المعنوى العام لاتفاق تحكيم ولا يؤدى هذا الاتفاق على التحكيم — نظرا لموضوع المنازعة — الى خرق القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام والتي تهم اختصاص المحاكم الادارية الاستئثارى .(96)

ويلاحظ أن عدم أهلية الدولة على طلب التحكيم تكشف عن الطابع القديم للنصوص فرغم حداثة المادة 442 من قانون الاجراءات المدنية فانها تعبر بصفة دقيقة عن روح النصوص الفرنسية ، ان لم نقل أنها نفسها . فكيف يمكن تبريرها اليوم ؟

فلم تعد تعبر عن الوسط الذى ولدت وترعرعت فيه ، وهي تتنافى مع احتياجات الاقتصاد المصرى ومع متطلبات التجارة الدولية ، فانها تبدو ((كخطأ تاريخي وعرقلة للمبادلات))(97) ، بل هي بقاء نظرية كانت معدة لضمان حماية خاصة لمصالح الدولة عندما كانت هذه الاخيرة تقتصر على القيام بالنشاطات الكلاسيكية للمرفق العام ، غير أن دورها اليوم قد جاوز أطر نشاطها كسلطة عامة ، واثبتت أنها ليست محتاجة حماية اكثر مما يستحق الافراد التي تهدف الى التشبه بهم ، فأصبح نص المادة 442 ضعيفا . فبعد أن كان المرفق العام بعيدا عن حياة الاعمال أصبح يشارك في الحياة الاقتصادية مثله مثل الافراد ، فتدخل الدولة اذن ، في

---

(95) محكمة باريس للاستئناف 1956 دالوز 1957 ، 586 ، تعليق روبرت .

(96) Jurisclasseur Procedure civile - Fasc IV, 4ème cahier P. 21.

(97) شارل كارابيبه — المرجع السابق — ص 69 .

ميدان القانون الخاص ،قد جعل من العقود التي تشارك فيها من اختصاص القانون الخاص وليس لها اية علاقة مع تسيير المرفق العام • فهي في اطار التنظيم الاقتصادى الحالي ، تتعاقد مثلها مثل الافراد تشترى و تبيع تبرم عقود ايجار الطائرات و السفن ••• الخ •

ان هذه الاعتبارات تنقض اذن احكام المادة 442، هذه المادة التي تم اتخاذها في 1966 (98) و هي تعكس روحا و حرفا المادتين الفرنسيتين 83 و 1004 المذكورتين و التي تم اتخاذهما في سنة 1806 • فكيف يمكن اتخاذ نص و مواصلة اشاره و نحن نعرف أن الاطار الاقتصادى و القانوني الذى ولد فيه ليس هو نفس الاطار الذى ينتج فيه أثاره • و الحقيقة أن المشرع الجزائرى رفض ادخال القانون ((الاستعمارى)) الفرنسي كما هو في عائلته القانونية ، وفضل تكييفه و ادخاله في القانون الوطني معتبرا القواعد الكلاسيكية كقانون جزائرى جديد (99) • وعبر هذا الرجوع للأصل ، نصل في ميدان قانون الاجراءات المدنية الى قانون سنة 1806 ومن ثم يصبح النداء الهادف الى الغاء سريان مفعول القانون الفرنسي الاستعمارى نظريا مع مواصلة حقيقية (100) •

فهل يمكن تبرير النصوص القانونية الفرنسية في الجزائر المستقلة ؟ فالاجابة بديهية وخاصة أن القانون الفرنسي قد تم تعديله في فرنسا على ضوء تطور التجارة الدولية اكثر من مرة (101) • فيجب اذن حصر ميدان تطبيق حظر الاتفاق على التحكيم •

---

(98) هامش 2 •
(99) قانون رقم 62—157 مؤرخ في 1962/12/31 والذى يهدف الى مواصلة التشريع السارى المفعول بتاريخ 1962/12/31 •
(100) A. MAHIOU : Continuité ou rupture en droit Algerien. Rev. Alg. 1982, special 20ème anniversaire P. 132.
(101) مرسوم 80—354 بتاريخ 80/5/14 والمتعلق بالتحكيم • الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية • ص 1238 •
مرسوم 81— 500 بتاريخ 81/5/12 • والمتعلق بالتحكيم الدولي الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية بتاريخ 81/5/16 •

المطلب الثـاني : ميدان تطبيق حظر الاتفاق على طلب التحكيم

ان مسألة أهلية الدولة في طلب التحكيم تطرح بصفة خاصة على مستـوى القانون الداخلي بمعنى على مستوى العلاقات القانونية الداخلية ولذلك يجدر بنا البحث عن الاستثناءات الواقعة على هذا المبدأ في اطار العلاقات القانونية الداخلية (البند الاول)أما من ناحية العلاقات القانونية الدولية ،فان المشرع غالبا ما يخرج على هذه القاعدة الصارمة بواسطة الاتفاقيات الدولية (البند الثاني) .

البنـد الأول : الاستثناءات الواردة على مبدأ الحظر

حقيقة ،وعلى مستوى القانون الداخلي وحده ،فان الاستثناءات الواقعة على حظر الاتفاق على التسوية بالنسبة للاشخاص المعنوية العامة نادرة جدا أو ذات نتائج محدودة — ويبدو لنا الاستثناء الوحيد ، ربما ،هو التحكيم الاجبارى الذى أقامه المشرع بالنسبة لبعض الهيئات العامة لتسوية المنازعات التي تحصل بينها . فتنص المادة الأولى من الامر رقم 75—44 المؤرخ في 17 جوان 1975 [102] على ما يلي : ((لا تعرض أبدا على المحاكم بل يجب أن تقدم للتحكيم في الظروف والاشكال ، الاتي تحديدها جميع النزاعات المتعلقة بالحقوق المالية أو الحقوق الناجمة عن تنفيذ عقود التوريدات أو الاشغال ، أو الخدمات والتي يمكن ان تحدث تعارضا في العلاقات بين المؤسسات الاشتراكية والوحدات المسيرة ذاتيا ذات الطابع الزراعي أو الصناعي وتعاونيات قدماء المجاهدين وتعاونيات الثورة الزراعية وكذلك الشركات ذات الاقتصاد المختلط التي تكسب فيها الدولة أغلبية الاسهم)) . واعتبر البعض [103] ان اقامة مثل هذا التحكيم يتناقض مع مبدأ عدم قدرة الدولة على طلب التحكيم ما دام أن هذا التحكيم يثير رؤوس اموال عامة .

---

(102) الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 53 بتاريخ 4 يوليو 1975 ص 742 .

(103) محند ايسعد " التحكيم في الجزائر " مجلة التحكيم لسنة 1977 ص 234 — 235 .

غير أن المعتقد بــه أن مثل هذا السند مشوبا بخلط بين التحكيم الاجبـاري الذي يقيمه القانون وبين التحكيم الارادي الذي يرتكز بصفة أساسية على سلطـات وارادة الطرفين .

وبالفعل ، توجد في بعض الدول تحكيمـات منظمة بصفة تقربها مـن القـرارات الادارية ، غير أن في هذه الحالة ، عبارة " تحكيم " ليس في محلها وان الامر يتعلق فـي الحقيقـة بمؤسسة مختلفة يجب عدم خلطها مع التحكيـم ذاته . معنى ذلك ان التحكيم الجبري الذي نعرف لـه لهعدة أمثلة في دول مختلفـة مثل انجلترا ، فرنسـا ، النمسا ، المانيـا ، ايطاليا(104) وتعطى تسمية التحكيمات الجبرية لبعض التحكيمات الالزاميـة للطرفين والتي ينظمها القانون وتصدر من هيئات تتولى بمهـمة التحكيم بمقتضى القانون نفســه ، فالقرارات الصادرة من هذه الهيئات المذكورة ليســت قرارات تحكيمية بل هـي قرارات ادارية . وهذه المؤسسة تسمـى تحكيمـا لانها تتوفر على ميزات توجـد فـي التحكيم الارادي كالبـت في المنازعـة مثلا طبقا لقواعد العدالة والانصـاف ، أو أن الطرفين يتمتعـان بسلطات ولو محدودة في تنظيم الاجراءات التحكيميـة .

علاوة أن التحكيم الاجباري في الجزائر يقابل مهمتين لهما نفس الغـرض: خدمة الدولة ، على المستوى الاقتصادي بمعنى انجاح مخطط التنميـة الاقتصـادي . فالمنازعـة اذن ليـس الا حادث عارض في تنفيذ المخطط ، وليس الحال كذلـك فـي التحكيم الارادي الذي يهدف الى تسوية منازعة أو خلاف وليس تسوية حادث عارض .

ومن جهة أخرى ليس للتحكيم الاجباري الطابع الملزم المتوفر في التحكيم الارادي فيعتبر المحكمون موظفون لدى الدولة وليسوا أشخاصا مستقلين(105) بل يستطيع رئيـس

---

(104) G. BALLADORe PALLIERI : L'arbitrage privé dans les rapports internationaux. Cours lahaye, 1935. Vol 51, P. 113.

ويلاحظ في هذا الصدد أن السيد " بلادوري " يعتبر أن القرارات الصادرة من هيئـات تحكيميـة في حالة التحكيم الجبري احكاما حقيقية .

(105) المادة 2 من الامر رقم 75ــ44 المذكورة سابقا .

الجمهورية التدخل في أية مرحلة من مراحل الاجراءات ليسحب الملف من لجنة التحكيم[106] و يمكن ان يختم الاجراء التحكيمي و يعرض على رئيس الجمهورية اذا ثبت ان القرار سوف يضر " بالسياسة العامة للحكومة في مادة الاقتصاد الوطني[107] .

فالتحكيم الاجباري يختلف اذن عن التحكيم الارادي و من الصعب اعتباره متناقضا مع مبدأ عدم قدرة الدولة على طلب التحكيم .

البند الثاني : تطبيق التحكيم بواسطة الاتفاقيات الدولية .

ان الاتفاقيات الدولية التي أبرمتها الجزائر مع دول أجنبية تتضمن شروطا تحكيمية تحيل تسوية المنازعات المتولدة من تفسير أو من تطبيق الاتفاقيات المذكورة الى التحكيم .

و من دون الرجوع الى الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر مع فرنسا كاتفاقيات ايفيان و الاتفاق الجزائرى الفرنسي المبرم بتاريخ 26 يونيو 1963 والاتفاق الجزائرى الفرنسي المبرم بتاريخ 27 يوليو 1965 والتي تضمنت حلولا و اجراءات تحكيمية بل وحتى محاكم تحكيمية ، يمكن أن نذكر الاتفاق الجزائرى السنغالي المتعلق بالنقل الجوى المبرم بتاريخ 10 يوليو 1974 و المصادق عليه بموجب الامر رقم 74—99 بتاريخ 15 نوفمبر 1974 و تنص المادة 17 منه على ما يلي : ((في الحالة التي ينشأ فيها نزاع متعلق بتفسير أو بتطبيق الاتفاق ولا يمكن حله وفقا لاحكام المادة 16 سواء من قبل سلطات الملاحة الجوية أو من قبل حكومتي الطرفين فانه يحال بطلب أحد الطرفين الى محكمة تحكيمية .

و تتشكل المحكمة من ثلاثة اعضاء ، يختار كل طرف محكم عنه و يتفق المحكمان على تعيين مواطن لدولة غير ليكون رئيسا)) [108] كما يمكن ان نذكر الأمر رقم 75—17 المؤرخ في 27 فبراير 1975 والمتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بانشاء

---

(106) المادة 18 — المرجع السابق —
(107) المادة 17 — نفس المرجع .
(108) الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 97 ، بتاريخ 3 ديسمبر 1974 . ص 1000 .

البنك الاسلامي للتنمية الموقعة بجدة في 12 غشت 1974 فتنص المادة 64 منها على ما يلي : ((اذا نشأ خلاف بين البنك و بين بلد لم تعد عضوا فيه أو بينه و بين احدى الدول الاعضاء بعد صدور قرار بامضاء عمليات البنك ، فان مثل هذا الخلاف يعرض على التحكيم بمعرفة محكمة من ثلاثة محكمين ، يعين البنك احد هؤلاء المحكمين و يعين البلد الطرف في النزاع محكما آخر و يعين المحكم الثالث بمعرفة رئيس محكمة العدل الدولية ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك أو تعمينه أي جهة أخرى حسب النظم و اللوائح التي اقرها مجلس المحافظين . و يكفي للوصول الى قرار توفر اغلبية أصوات المحكمين ، و يكون هذا القرار نهائيا و ملزما للاطراف . و للمحكم الثالث سلطة البت في جميع مسائل الاجراءات التي تكون محل خلاف بين الاطراف...))(109)
كما يمكن ان نذكر اتفاقيات أخرى تضمن اللجوء الى محكمة تحكيمية .(110)

و يلاحظ ان هذه الاتفاقيات الدولية تحبذ التسوية التحكيمية للمنازعات، وتكشف بالتالي عن امكانية الدولة و قدرتها في طلب التحكيم بالرغم من ان البعض يرى فيها أعمالا تشريعية يمكن تفسيرها كاستثناء جاء به المشرع على قاعدة المادة 442 اجراءات مدنية و ليست قاعدة لقدرة الدولة على طلب التحكيم .(111)

و مهما كان من أمر فيجب ان نؤكد من جهتنا على الطابع القديم للمادة 442 و التي استلهمت من القانون الفرنسي للاجراءات المدنية القديم الذي كان في ذلك الوقت لم يتصور فكرة الدولة التاجرة .

و تظهر عيوب المحافظة على هذا الخطر الذي يضر بمصالح المتعاقدين مع الدولة كما يضر بمصالح الدولة و ائتمانها الدولي .

---

(109) الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية . عدد 22 بتاريخ 18 مارس 1975 ص 325 .
(110) الاتفاق الجزائري المغربي المتعلق بالنقل الجوي المبرم بتاريخ 30 مارس 1963 والمصادق عليه بمرسوم 63—294 بتاريخ 2 غشت 1963 . المادة 22 منه .
— الاتفاق الجزائري الصيني بتاريخ 5 فبراير 1975 المصدق عليه بأمر رقم 75—18 بتاريخ 27 فبراير 1975 — المادة 24 منه .
— الاتفاق الجزائري الدولي المتعلق بتقديم قرض للجزائر بتاريخ 20 مارس 1973 والمصادق عليه بامر رقم 73—25 بتاريخ 5 يونيو 1973 .
— بروتوكول التعاون الجزائري الفرنسي المبرم في الجزائر في يونيو 1982 والمقبول من طرف الحكومتين بمارس 1983 . المادة الاولى منه .
(111) بن شنب — المرجع السابق — ص 304 .

فهل تستطيع الدولة أن تحتج على المتعاقد معها بعدم أهليتها في التسوية فيما أبرم ممثلوها في الخارج عقدا قابلا للتنفيذ و متضمنا شرطا تحكيميا يمنح المحكم بالاختصاص في النظر في المنازعة في الخارج وحسب قانون الدولة التي يجرى فيها التحكيم ؟

ان حكم محكمة باريس لسنة 1957 قد بت في المنازعة في الاتجاه الذى يأخذ بصحة شرط التحكيم المبرم من طرف الدولة ، و التمييز الذى جاءت به المحكمة كان واضحا : ((يقتصر الخطر على العقود الداخلية ولا ينطبق على الاتفاقيات ذات الطابع الدولي)). وصرحت بالاضافة الى ذلك أن : ((الدولة تستطيع بصفة صحيحة و مسبقة التخلي عن الحصانة التي تتمتع بها و ذلك بقبولها لاختصاص لمحكمة أجنبية ...))(112)

و يجب أن ننوه في هذه المرحلة من ملاحظاتنا ان نشاط الدولة ليس نتيجة للظروف العارضة بل هو النتيجة المباشرة للاحتياجات التي يجب على الدولة تلبيتها لصالح المجموعة العامة ، و الحالة الاكثر تميزا هي الحالة التي تضطر فيها الدولة اللجوء الى السوق العالمية اما لابرام عقود بناء السفن من الخارج أو ابرام اتفاقيات تأجير الطائرات . وتخضع السوق العالمية لقوانين بعيدة عن الاهواء ،بل توجد عقود نموذجية تتضمن شروطا تحكيمية كثيرة الاستعمال و معممة و موضوعة برضا الاوساط المهنية . وغالبا بل و دائما ما تلجأ الدولة والاشخاص المعنوية العامة للسوق العالمية للحصول على مواد تفتقرلها في السوق الوطنية كما هو الحال في ميدان النقل الجوى مثلا لشراء طائرات أو لتأجيرها ، فترضخ الشركات العامة لميزان القوة و تمتثل لارادة الشركات الاحتكارية الكبرى . و توجد حالات كثيرة لا يكون فيها المتعامل العمومي الجزائرى حرا في تصرفاته و قراراته اثناء المفاوضات . فبالنسبة لشركة الخطوط الجوية الجزائرية و هي مؤسسة مكلفة بالنقل الجوى لا تستطيع أن تفرض ،في اتفاقيات تأجير الطائرات،

---

(112) Cours de Paris, 1ere Ch. : Myrtoon Steam Sheap 10 /04/ 57. Clunet 1958 P. 1004.

تطبيق القانون الجزائري على الاتفاقيـة أو ان تخضـع المنازعة مثلا للمحاكم الجزائريـة .
فالمقاول المكلف ببناء هذه الطائرات يفرض ارادته نظرا لاحتكاره هذه المواد علـــى
المستوى الدولي . ومع ذلك فتوجد حالات استطاعت فيها الشركة الوطنية للخطـــوط
الجوية الجزائرية ان تفرض تطبيق القانون الجزائري دون اختصاص المحاكم الجزائريـــة ،
بحيث يحال النزاع الى الغرفة التجارية الدولية بجنيف ،كما هو الحال بالنسبة للعقد
المبرم في مارس 1983 بين شركة الخطوط الجوية الجزائرية و شركة لوفتهانزا لتأجـير
طـائرتين من نـوع آيربـوس .

وهل يؤمل في هذه الظروف وهل يتناسب مع مصلحة الدولة أن تندد بتعهدات أبرمتها في الوقت وفي الساعة التي كانت فيه مصلحة الدولة تأمر أن تتعاقد بشروط لها نفس المصدر وان تقـوم بذلك مستندة الى تشريعها الذي تعرفـه جيدا والذي كانـت تعرفه عندما تعاقد ممثلوها باسمها بينما كان الاجانب المتعاقدون معها ، كانوا قـد جهلوا بعض الخصائص التشريعية التي تلفت انتباههم ؟

ألا يكون ائتمان الدولة متعرضا للخطر نتيجـة موقف يسوده التعصب القانوني السيء ؟ر مهما يكن من أمر فان محكمة الجزائر قد قبلت صحة شرط التحكيم ومن ورائـه قدرة شخـص معنوي عام على طلب التحكيم ولم تثير بطـلان العقد(113). ويبدو ان محكمة الجزائر قد سايرت الاتجاه الحديث الذي يقضي بقدرة الدولة والاشخاص المعنويـة العامـة على طلـب التحكيم .

ويلاحـظ في هذا المضمار ان الدول العربية قد اتخذت موقفـا ليبراليـا من التحكم . ففي مصر تنـص المادة 8 من القانون رقم 43 لسنة 1974 (المعدل بالقـانون رقم 32 لسنة 1977 والمتعلق بالاستثمارات العربية والاجنبية والمناطق الحرة)أنـه :
((اذا لم توجد أية لائحـة أو نظام سارى المفعول ،يسمـح بتسوية المنازعات بيـن المستثمر الاجنبي والدولة المستقبلة يمكن اللجوء الى التحكيم الموقت .

---

(113) محكمة الجزائر 3ماى 1973 . سونطراك ضد شركة س.م . س S.M.C غيـر منشور كـتابة الضبـط رقم 448 .

أما الاستثمارات في تونس ، فقد نظمها القانون رقم 35 لسنة 1969 وكذلك القانون رقم 74 لسنة 1974. ونجد في المادة 20 من القانون رقم 35 لسنة 1969 ، نصا يتضمن اللجوء الى التحكيم لتسوية المنازعات التي يمكن ان تحصل بين المستثمر الاجنبي والحكومة التونسية. (114)

وتنظم الاستثمارات السودانية بواسطة نصين : التشريع المتعلق بالاستثمار في ميدان المرافق الاقتصادية (مرسوم 153 لسنة 1973) والتشريع الذي ينظم الاستثمارات في ميدان الصناعة (القانون المتعلق بالتنمية وتشجيع الاستثمارات الصناعية ، الصادر في سنة 1974) وتنص المادة 16 من هذا القانون على امكانية اللجوء الى التحكيم المؤقت فيما يخص تعويض المستثمر.

أما القانون الاردني رقم 34 المتعلق بتشجيع الاستثمارات لسنة 1974 لا يتضمن اللجوء الى التحكيم ،غير أن المملكة الاردنية صادقت على اتفاقية المركز الدولي لتسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمارات (اتفاقية واشنطن لسنة 1965) كما صادقت على الاتفاق العربي للتحكيم لسنة 1974. (115)

ويلاحظ ان الدول العربية ما عدا مصر، المغرب ،السودان ، وتونس ،التي كانت من بين الدول الاولى التي صادقت على اتفاقية واشنطن قد رفضت الى مرحلة حديثة المصادقة أو المشاركة في تحكيم المركز، غير أن انخراط الكويت في 1979 العربية السعودية في 1980 وانخراط الامارات العربية المتحدة في 1981 تعد ظاهرة هامة تعكس قدرة هذه الدول على طلب التحكيم. (116)

---

(114) يلاحظ ان القضاء التونسي قد حكم لصالح الهيئات العامة في طلب التحكيم خاصة اذا كان العقد دوليا . المحكمة الابتدائية التونسية 1979/03/22 STEG انظر مجلة التحكيم 1976 ص 268.

(115) لقد نقلنا هذه الامثلة المتعلقة بالدول العربية من مقالة جان فرانسوا ريكسي : "الاتفاق المتعلق بتسوية المنازعات بين الدول المستقبلة للاستثمارات العربية ومواطني الدول العربية الاخرى، واقعة — مجلة التحكيم 1981 ، 2 ، ص 276 — 278.

(116) G.R. DELAUME : "Le centre international de reglement des differents relatifs aux investissements" Clunet 1982, 4, P. 777.

أنظر أيضا عبد الحميد الاحدب التحكيم في العربية السعودية ، مجلة التحكيم ، 1981 ، 2 ، ص 239.

وأخيرا يمكن القول أن اذا لم يكن التحكيم محظورا على الدولة والاشخاص المعنوية العامة ذات التسيير الاداري ،فهو على الأقل مقيد بقيود تجعل اللجوء اليه غير مقبول الا اذا توفرت فيه بعض الشروط ، فمثل هذا الوضع غير متوفر في الاشخاص المعنوية العامة ذات الطابع الاقتصادي .

المبحث الثاني : قدرة المؤسسات العامة ذات الطابع الاقتصادى على طلب التحكيم .

لقد صدر أمر رقم 71-74 مؤرخ في 16 نوفمبر 1971 يتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات الذى وحد القوانين التأسيسية لكل من الهيئات العامة الصناعية والتجارية والشركات الوطنية . ويهدف الامر المذكور الى تنظيمها على أسس عقلانية حتى تستطيع القيام بالمهمة المنوطة بها وهي تنفيذ المخطط . وأصبح منذ هذا القانون، يستخدم المعيار للتمييز بين الهيئات العامة الاقتصادية من اسلوب التسيير الذى يؤخذ بعين الاعتبار لتكييف المؤسسات العامة (116) .

ونظرا لهذا النظام ولنصوص قانونية أخرى (117) التي اعتبرت المؤسسات العامة الاقتصادية تاجرا في علاقاتها مع الغير انطلاقا من طبيعة التصرف القانوني التي تقوم به هذه المؤسسات (المطلب الاول) يمكن القول أن مبدأ الحظر الذى يقع على الدولة وعلى الهيئات العامة في طلب التحكيم لا ينطبق على هذا النوع الجديد من المؤسسات العامة الاقتصادية (المطلب الثاني) .

المطلب الاول : ماهية المؤسسة العامة الاقتصادية .

ان المؤسسة العامة الاقتصادية أو ما يسمى بالمؤسسة الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادى هي شخص معنوى مزود بالشخصية القانونية وبالاستقلال المالي ويكون رأسماله مملوكا للمجموعة العامة التي انشأتها وتهدف الى ممارسة نشاط اقتصادى وفقا لاحكام القانون الذى يحدد التسيير الاشتراكي للمؤسسات (118) .

وطبقا لهذا التعريف يمكن ان نتناول بالدراسة النظام المالي للمؤسسات العامة الاقتصادية (البند الاول) ثم نتطرق الى نظام الاموال التي تمتلكها المؤسسة (البند الثاني) .

---

(116) G.S. VLACHOS : Le regime juridique des entreprises en Algerie Rev. Alg. 1972, P. 485.

(117) الامر رقم 75-23 المؤرخ في 29 ابريل 1975 والمتضمن القانون الاساسي النموذجي للمؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادى .

(118) عن فلاكوس - المرجع السابق - ص 484 .

و يلاحظ في هذا الصدد ان ما نقصده من دراسة ماهية المؤسسة العامة الاقتصادية هو الاقتصار فقط على النقاط التي تساعدنا على القول بأن المؤسسة العامة الاقتصادية لا تخضع للحظر المبدئي للتحكيم .

البند الأول : النظام المالي للمؤسسة العامة الاقتصادية .

ان النظام المالي للمؤسسة العامة الاقتصادية يتضمن خصائص هامة تميزه بوضوح عن الهيئات الادارية (119) ،كما تميزه أيضا عن النظام المالي للمؤسسات الخاصة ،و هذا أمر طبيعي نظرا لان رأسمال هذه المؤسسات العامة الاقتصادية هو ملك الدولة التي تمثل المجموعة الوطنية (120) .ففيما يخص نظامها الحسابي ، يلاحظ أن أمر 16 نوفمبر 1971 لم يبين بوضوح نظامها الحسابي ، لكن كقاعدة عامة ،فان حسابات المؤسسات العامة الاقتصادية تمسك في الشكل التجاري ،و هذا ما أكدته بالفعل المادة 17 من الأمر رقم 75—23 المؤرخ في 29 افريل 1975 و المتضمن القانون الاساسي النموذجي للمؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي (121) .

و من جهة أخرى ،و فيما يخص مسألة معرفة ما اذا كانت المؤسسة العامة الاقتصادية تكتسب أولا تكتسب صفة التاجر،فان قانون التسيير الاشتراكي للمؤسسات لم يشير الى ذلك ، غير أنه يجب التنويه في هذا الصدد ان مشروع هذا القانون الذي اتخذه المجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي في 1969 ينص بوضوح أن ((للمؤسسة الاشتراكية صفة التاجر مع التحفظ بالنصوص الخاصة التي يمكن ان تنتج من قانونها الاساسي الخاص بها ، فهي تمارس نشاطها و فقا للقوانين والاعراف التجارية)) (122)

---

(119) عن أوجه التشابه و الاختلاف بين الهيئات العامة الادارية و المؤسسات العامة ذات الطابع التجاري و الصناعي أنظر : A. MAHIOU : Cours d'intitu-tions administratives - 3 Ed. P. 302.

(120) المادة 3 من قانون التسيير الاشتراكي للمؤسسات .

(121) المرجع السابق .

(122) عن فلانوس— المرجع السابق — ص 484 .

لكن رغم هذا الفراغ القانوني ،فان بعض القوانين التأسيسية لبعض المؤسسات العامة تنص صراحة على اكتسابها صفة التاجر بل وعلى خضوعها للتشريع التجاري.(123)

وسرعان ما تبين المشرع هذا النقص الموجود في قانون التسيير الاشتراكي للمؤسسات فنص في القانون الاساسي النموذجي للمؤسسات العامة ذات الطابع الاقتصادي على اعتبارها ((تاجرة في علاقاتها مع الغير...))(124).

وبالفعل هذا ما أكدته أيضا القوانين التأسيسية لكل المؤسسات العامة الاقتصادية التي اعترفت لها بصفة التاجر في العلاقات التي تربطها مع الغير(125)، وينتج هذا التكييف اثاره في القانون الداخلي فيما يخص التسجيل في السجل التجاري ،اقامة الدفاتر التجارية والالتزامات الجبائية بحيث أن ((مساهمة المؤسسة العامة في ميزانية الدولة لا يعفيها من التزاماتها الجبائية ،(126) وربما الاستثناء الوحيد من صفة التاجر هو استحالة اعسارها المبينة صراحة في القانون التجاري.(127)

ويمكن أن نضيف أخيرا أن المؤسسة العامة الاقتصادية تتمتع بأهلية قانونية وباستقلال مالي.(128)

ومن خلال ما سبق ، يتضح أن المؤسسة العامة الاقتصادية بحاجة الى وسائل تقنية جديدة تتمتع بالسرعة في تسوية المنازعات .

---

(123) الفقرة 3 من المادة الاولى من الامر رقم 70-06 المؤرخ في 16 يناير 1970 والمتضمن انشاء الوكالة الوطنية لتوزيع وتحويل الذهب والمعادن الثمينة الأخرى (AGENOR)
تنص الفقرة : ((تعتبر تاجرا في علاقاتها مع الغير ويسرى عليها التشريع التجاري بقدر ما لا يتعارض مع طابعها الذى هو من نوع خاص)) .

(124) المادة الاولى من القانون النموذجي ، المرجع السابق .

(125) انظر القوانين التأسيسية لكافة المؤسسات الاقتصادية المتدخلة بعد اعادة الهيكلة .

(126) المادة 20 من قانون المالية لسنة 1970.

(127) المادة 217 من القانون التجاري الجزائري لسنة 1975.

(128) المادة الاولى من القانون الاساسي النموذجي للمؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي ، المرجع السابق .

البند الثاني : النظام القانوني لأموال المؤسسات العامة الاقتصادية •

لقد طالب جزء من الفقه باخضاع أموال المؤسسات العامة الاقتصادية للقواعد التي تسري على الدومين العام، والحقيقة ان هذه النظرية تخص بالذكر الهيئات الادارية بصفة خاصة (129) ومهما يكن، فاننا نعتقد ان أموال المؤسسة العامة الاقتصادية تنقسم الى قسمين : اصول المؤسسة ورأسمال المؤسسة • ويتشكل الأول من مجموع الاموال والقيم التي تشكل الذمة المالية، أما الثاني، فهو القيمة النقدية للحصص التي تدفع وقت انشاء المؤسسة • ويجب أن يبقى على العكس أصول المؤسسة متغيرا، ولا يمس الثبات أى عنصر معين من الاصول لكن قيمة رأسمال فقط، ويكون بالتالى، اصول المؤسسة ملكا خاصا للمؤسسة العامة الاقتصادية قابل للتصرف فيه، بل قابل حتى الحجز عليه (130)، غير أنه يجب التحفظ في تصرف هذا القسط من أموال المؤسسات العامة الاقتصادية، فالتصرف في عنصر من الأصول يجب ان يقابل باعادة استعمال واعادة تشكيل قيمة عنصر الأموال الذى تم التصرف فيه •

أما رأسمال المؤسسات العامة الاقتصادية فهو غير قابل للتصرف فيه وغير قابل للتقادم أو الحجز عليه (131) لانه ملك الدولة وهذا ما يفهم على الاقل من المادة 19 من القانون رقم 84—16 المؤرخ في 30 يونيو 1984 والمتعلق بالأملاك الوطنية •

واستنادا على ما تقدم يمكن الاستنتاج ان النظام القانوني الذى تخضع له أموال المؤسسات العامة الاقتصادية يقترب من القانون الخاص خاصة في أصول المؤسسة • هذا النظام القانوني لا يبعدها عن طلب التحكيم •

---

(129) عن فلاكوس — المرجع السابق — ص 496 •

(130) M. MIAILLE : Contribution à une reflexion sur l'entreprise socialiste Algerienne. Rev. Alg. Vol. IX, n° 3, sep 1972.

(131) المادة 8 من قانون رقم 84—16 مؤرخ في 30 يونيو 1984 يتعلق بالاملاك الوطنية •

المطلب الثاني : عدم انطباق الحظر على المؤسسات العامة الاقتصادية ٠

نظرا لما سبق ، يمكن القول بأن الحظر لا ينطبق على المؤسسات العامة الاقتصادية و تعتبر هذه النتيجة في الحقيقة نتيجة منطقية ٠

ان المؤسسات العامة الاقتصادية أهلا بابرام شروط تحكيمية وان الممارسة العملية تعزز هذه الحجة فعقود المؤسسات العامة الاقتصادية التي رأيناها تتضمن شروطا تحكيمية (132) ،وان اللجان المكلفة برقابة ابرام الصفقات لم تثر أبدا هذه المشاكل وكانت كل الصفقات الصادرة من لجان الرقابة تدور حول نقاط شكلية فقط ٠

والحقيقة ،حتى ولو فرضنا قيام هذا الحظر،فان اللجان الاستشارية لتسوية ودية للمنازعات الناشئة من الصفقات التي تبرمها الدولة ، الهيئات العامة والمؤسسات العامة الاقتصادية التي تم تنظيمها بمقتضي الامر رقم 67-90 المؤرخ في 7 يونيو 1967 (133) والتي توجد على مستوى كل وزارة ، هذه اللجان تهدف الى البحث عن عناصر عادلة تتخذ من أجل حل ودى ، وتلعب في الواقع ، في ميدان تسوية المنازعات دورا رئيسيا تقلل بصفة معتبرة وحساسة من حجم المنازعات ٠ وتظهر بالتالى الحجج المقدمة لقيام الحظر ضعيفة ولا يمكن من ثم الدفاع عنها ٠

---

(132) المادة 8 من العقد المبرم بين شركة الخطوط الجوية الجزائرية و شركة لفتهانزا بمارس 1983 والمتعلق بتأجير طائرتين من نوع آربوس (Air bus) ٠
أنظر ايضا المادة 43 من العقد المبرم بين شركة سمباك و شركة الاسمنت الايطالية (C.M.C.) من أجل تحقيق مطحنة للدقيق بولاية جيجل بتاريخ 22 سبتمبر 1975 ٠
أنظر أيضا المواد 24٠16 و 17 من العقدين المبرمين بين سونيليك و شركتي دراجادوس و ستاندار الكتريكا الاسبانيتين بتاريخ 9 سبتمبر 1975 لبناء مصنع لانجاز مواد لتطوير نظام الهاتف في ولاية تلمسان ٠
انظر ايضا المادة 17 من العقد المبرم بين سونيليك والكتريكا ستاندار الاسبانية والمتعلق بنقل المعرفة في اطار العقد الاول بتاريخ 1977 ٠

(133) المادة 152 من الامر المذكور ٠

لقد قيل بحق انه غير مقبول أن تهرب الدولة نفسها من القاضي الذى انشأته لكن يمكن الرد على ذلك بان نفس الدولة يجب أن تسهر على ان تكون العدالة التي تصدر من محاكمها سريعة و اكثر ملاءمة ، وقيل أيضا ان السلطة القضائية تقدم ضمانات اكبر من حيث الاستقلالية و العدالة ، فهذا صحيح من غير مناقشة ، لكن الحجة تضعف اذا تضمن العقد ضمانات اكبر في الاجراءات التحكيمية التي تكون المؤسسة العامة الاقتصادية أو الدولة طرفا فيه ، ويبدو لنا في هذا الصدد عدم التخلي عن طرق الطعن و الاجراءات المتوفرة أمام المحاكم أمرا ضروريا .

بالاضافة الى ان ابقاء الحظر على التحكيم سوف يظهر نوعا من التحكيم السرى ، فغالبا ما يحصل ان تدمج بعض الشروط في عقود معينة تنص على ان كل منازعة تتعلق بالعقد تخضع قبل اللجوء الى المحاكم لخبير أو اكثر مكلف بايجاد الحل المناسب ، فاذا كانت المشاكل المطروحة تمثل طابعا قانونيا حقيقيا وان الخبراء يبحثون في المسائل القانونية ، وعندما تكون الاجراءات المتبعة من طرف الخبراء حضورية ، وعندما يقرر الطرفين بالامتثال لتوصيات الخبراء ، فالامر لا يتعلق بالتحكيم حقيقة لكن يلاحظ مع ذلك أن كل العناصر متوفرة للكلام عن نوع من التحكيم السرى (134) ، والافضل اذن نظرا للاعتبارات والحجج المقدمة من طرفنا ، اباحة التحكيم للاشخاص المعنوية العامة مع احاطته بضمانات صارمة كعدم التخلي مثلا عن الاجراءات القانونية المتبعة امام المحاكم وطرق الطعن المتضمنة في قانون الاجراءات المدنية .

وخلاصة القول نبقى مقتنعين بأن التحكيم ليس محظورا على المؤسسات العامة وان التخوف منه في الحقيقة ينتج ربما مما - يجرى به العمل الآن على مستوى المراكز التحكيمية التي تقع مقراتها في الدول الغربية والتي غالبا ما تتأثر بالمحيط السياسي والاقتصادى التي تقع فيه - ولذلك يبدو لنا انخراط الدول النامية في هذه المراكز أمرا ضروريا حتى لا يبقى التحكيم " شيئا " في يد الدول الغربية .

---

(134) M. STORME : L'arbitrage entre personnes de droit public et personnes de droit privé. Rev. Arb. 1978, 2, P. 126.

الفصل الثاني : شروط صحة شرط التحكيم .

كانت صحة شرط التحكيم في القانون الفرنسي القديم مقبولة . والحقيقة ان الرجوع الى القانون الفرنسي والاستشهاد به يهم القانون الجزائري وذلك من ناحيتين : أولا ، تم تطبيق القانون الفرنسي في المرحلة الاستعمارية ، بل وحتى بعدها وذلك الى غاية سنة 1966 ، حيث تم اصدار قانون الاجراءات المدنية ،

ثانيا ، ان المشرع الجزائري قد استلهم ، لاصدار القواعد المتعلقة بالتحكيم ، من القانون الفرنسي ، بشكل يجعل النصوص القانونية متشابهة بصفة كبيرة .

والواقع ان القضاء الفرنسي انطلاقا من الخلط بين شرط التحكيم واتفاق التحكيم اعتبر الاول باطلا لانه لا يستوفي على الشروط الشكلية المبينة في المادة (1006) من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي[135] . وانطلاقا من حكم محكمة النقض الفرنسية لسنة 1843[136] اعتبر شرط التحكيم باطلا في مجال العلاقات القانونية الداخلية (المبحث الاول) ، غير أن الاوساط الاقتصادية الفرنسية عارضت هذا الحكم ، ونظرا لتطور مؤسسة التحكيم وظهور مزاياه ، ثم كثرة استعماله خاصة في العلاقات الاقتصادية الدولية جعل القضاء الفرنسي يتراجع عن موقفه الاول الصارم واعتبر شرط التحكيم صحيحا في ميدان العلاقات الاقتصادية الدولية (المبحث الثاني) .

المبحث الاول : بطلان شرط التحكيم .

لقد سبق ان قلنا ان شرط التحكيم كان صحيحا في القانون الفرنسي القديم حيث كان التحكيم فيه نادر الاستعمال في مجموعه ، وطرحت المسألة في كل حدتها خلال القرن التاسع عشر عندما ظهرت السمات الاولى لتطور التحكيم .

---

(135) هذه الشروط في الحقيقة تقابل الشروط التي يتطلبها قانون الاجراءات المدنية الجزائري وهي تعيين موضوعات المنازعة واسماء المحكمين ، انظر المطلب الثالث من المبحث الثاني من الفصل التمهيدي .

(136) نقض مدني بتاريخ 10 يوليو 1843 ؛ دالوز 1843 ، 1 ، ص 343 .

ومن المفيد الملاحظة في هذا الصدد ان شرط التحكيم يعتبر مركز الثقل لمؤسسة التحكيم بكاملها • فعندما يراد اعادة النظر في التحكيم تتجه المهاجمة ضد شرط التحكيم وعندما يراد تشجيع التحكيم تضمن الفعالية اللازمة لشرط التحكيم •

والحقيقة ان قانون الاجراءات المدنية الفرنسي القديم لم يتطرق الى مسألة شرط التحكيم ، غير ان القانون التجارى الفرنسي تضمن في مادته 332 صحة شرط التحكيم في ميدان التأمينات البحرية في عبارات لا تدل بأى حال من الاحوال عن طابع النص الاستثنائي ، بشكل لا يمكن الاستنتاج منه بمفهوم المخالفة للنص المذكور البطلان المبدئى لشرط التحكيم ، ومع ذلك فقد اعتبر البعض(137) ان النص يحدد استثناء يمكن تبريره من الناحية التاريخية نظرا لخصوصية القانون البحرى • ويضاف ان المادة 332 المذكورة صدرت في تاريخ لاحق عن التاريخ الذى صدرت فيه المادة 1006 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي القديم ويمكن الاستنتاج بالتالى انه اذا تم قبول شرط التحكيم في كل العقود ، تصبح المادة 332 تكرارا لا معنى له • ومع ذلك نظرا لسكوت القانون الفرنسي القديم ، حول شرط التحكيم ، فان هذا السكوت لا يمكن تفسيره الا في معنى صحته – وهكذا يمكن الاشارة الى عدد من القرارات التي قبلت صحة شرط التحكيم ، (138) وتحصلت هذه الحلول القضائية على اقبال فقهي متزايد ، بالرغم من وجود قرارات صدرت في المعنى المخالف أى مخالفا لصحة شرط التحكيم •(139)

غير ان سرعان ما ثارت معارضة فقهية مريرة ضد التحكيم واستندت على أمثلة منعزلة للتحكيمات الناقصة لمهاجمة التحكيم وبالتالى الاتفاقية التي تحطىكل مسادة : شرط التحكيم •(140) وساد الشك من ثم حول صحة شرط التحكيم لكن سرعان مـا

---

(137) محمد منطلشطة – المرجع السابق – ص 12 •
(138) نقض مدنى بتاريخ 2 سبتمبر 1982 صحيفة المحامين ع 7 ، ص 76 •

(139) Cass. req. 12 /04/ 1821. Dalloz. rep, T. 4, arbitrage n°450 P. 502.

(140) Championnière : Rev. legisl : T. XVII, 1843 - P. 241.

انحصل خاصة منذ صدور حكم محكمة النقض الفرنسية لعام 1843[141] ، وان اعتبر ، المتسم المبرر فعلا بظروف القضيـة ، حكما مبدئيا واتبع فيما بعد بقضاء ثابت مؤكـد لبطلان الشرط بصفـة أساسية[142] (المطلب الاول) فان تطور العلاقات التجاريـة الدولية وكثرة استعمال مؤسسة التحكيم لتسوية المنازعات المترتبة من هذه العلاقـات قد " ضغطت " على نفـس القضاء واجبرته على تصحيح شرط التحكيم بالنسبة للاعمـال التجاريـة (المطلب الثاني) .

المطلـب الاول : آصـل بطلان شرط التحكـيم

ارتكز بطلان شرط التحكيم منذ حكم عام 1843 المذكور على اسباب من نوعين : أسباب شكليـة وأسباب حقيقيـة (البند الاول) غير ان دراسة نقدية لهذه الاسباب تكشـف عن ضعفها (البند الثاني) .

البند الاول : أسبـاب البطـلان .

ان الاسباب التي أدت بالقضاء الفرنسي الى اتخاذ هذا الموقف الصارم يمكـن اعتباره من نوعين : أحدهما ظاهر وشكلي (أولا) وثانيهما خفي لكن حقيقي (ثانيا) .

أولا — لقد تأسس بطلان شرط التحكيم على اساس شكلي يستند في الحقيقـة على احكام المادة (1006) من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي التي تأمر بتضمين اتفاق التحكيم ، والا كان باطلا ، اسماء المحكمين ومحل المنازعة[143] غير ان شروط التحكيم ترتبـط بمنازعات لم تظهر بعد ، ولا تتضمن عادة الا اشارة عـامة للمنـازعـات التي تخضـع في المستقبـل للمحكمين — أضـف الى ذلك ان المنازعـة ليست سـوى احتمالية وانه لسـابق عن اوانه تعيين المحكمين في الشرط نفسـه ، حيث ان هـذا التعيين قد يكون غير مجدي اذا كان المحكمون المعينون غير قادرين على القيام بالمهمة

---

(141) هـامش 136 .

(142) Cass. Franc 2 /12/ 1844 - Dalloz 1845, 4, P.27.

(143) H. MOTULSKY : Les conditions de validité des clauses compromissoires et la compétence des arbitres à cet égard (droit interne). OPECIT - P. 162 et SS.

المنوطة بهم والتي عينوا من أجلها ،عند ظهور المنازعة . ولا ريب أن الاستناد على تفسير ضيق للمادة 1006 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي و الاعتبار المسبق على خضوع شرط التحكيم لنفس الشروط التي تخضع لها اتفاق التحكيم سوف يؤدي الى بطلان الشرط ،كما لو كان الوعد بالتعاقد يجب ان يتضمن ، ليكون صحيحا كوعد ، كل العناصر الواجبة لصحة العقد (144) .

ثانيا — ان السبب الجوهري لبطلان الشرط هو ما ورد في حكم محكمة النقض لسنة 1843 في الحيثية التالية : ((... لا نجد عند المحكمين الصفات التي تضمن وجودها عند القضاة ،الاستقامة ،النزاهة ،الكفاءة ، رقة الاحاسيس اللازمة في رد الاحكام ...))

و يلاحظ ان الحل المذكور ينطلق من نفور واضح للتحكيم ،وان هذا النفور يكون منعزلا اذا استعمل ضد شرط التحكيم ، و بالفعل ،فان محل الاتفاقية التحكيمية هو منازعة احتمالية وان الشرط لم يظهر الا كشرط تابع للعقد الاساسي الذي يندمج فيه . أضف الى ذلك ، فان التحكيم سوف يؤدي الى التخلي عن اللجوء الى المحاكم ، فتم الاعتقاد ان هذا التخلي يمكن ان يكون له اثارا خطيرة عندما تظهر المنازعة . فالطرف لا يستطيع التقييم المسبق لمدى ما تخلى عنه ، وان هذا التخلي المنبثق في صورة تحكيم كان سابقا عن اوانه ،و من ثم لا يستطيع هذا الطرف ان يعلم مسبقا عما تخلى عنه حيث ان المنازعة لم تظهر بعد . و بالغاء شرط التحكيم ، ضرب القضاء الفرنسي التحكيم فيما يمكن ان يكون له من خطورة .

و أخيرا يوجد ارتباط اكيد بين شرط التحكيم في خرقه لشكلية المادة 1006 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي القديم وما يؤخذ عليه في كونه يؤدي الى التخلي عن القضاة الدولانيين بينما المنازعة ليست الا احتمالية . و بالفعل فان القواعد الشكلية لاتفاق التحكيم قد اعتبرها القضاء الفرنسي معرقلة لامكانية الوعد بالتحكيم ،بمعنى

(144) روبرت — المرجع السابق — ص126 .

التخلي عن المحكمة الدولانية ، بدون أن يشير الى المحكمين الذين سوف يحوضـــون العدالة الرسمية وبدون أن يضبط النقاط المتنازع فيها التي سوف يبت فيها المحكمون ، وبالتالي ،عندما لا يستطيع الطرف ،وفقا للشروط المبينة في المادة 1006، تعيين المدى الحقيقي لتعهده باللجوء الى المحكمين ، و يظهر عدم اختصاص المحـــاكم الدولانية ، فان تفسير النص يؤدي بالضرورة الى بطلان شرط التحكيم .

البند الثاني . تقييم أسباب بطلان شرط التحكيم .

لا ريب ان الحل الذي جاء به القضاء الفرنسي قد تعرض لردود فعل من طـرف الاوساط المعنية وهي الاوساط المتضررة بصفة أساسية : أوساط الاعمال . أضف الـــى ذلك الوضعية الرهيبة التي كان يتخبط فيها التجار الفرنسيون المرتبطون بعقـــود مع متعاملين أجانب والتي تتمثل في تضييع صفقات هامة نظرا لمطالبة المتعاقدين بادماج شـــرط التحكيم في هذه الصفقات . وحاول القضاء الفرنسي التقليل من هذه الصرامـــة وذلك بقبوله صحـــة شرط التحكيم المندمج في عقد خاضع لقانون أجنبي يعتـــرف بصحـــته وهكذا يمكن أن ينتج مثل هذا الشرط كل اثارة في فرنسا بغض النظر عـــن جنسية الطرفين[145] ،ورغم ذلك فلم يغير هذا الموقف الجديد شيئا من وضعيـــة التجار الفرنسيين بحـــيث أنه يؤدي الى اللجوء الى محكمين غير فرنسيين والى هيئات تحكيميـــة توجد في الخارج وتسير حسب قانون أجنبي .

وبقيت النظرية القضائية لبطلان شرط التحكيم منتقدة . وهي ترتكز بالفصـــل على خلط بين شرط التحكيم واتفاق التحكيم . غير أن المادة 1006 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي لا يخـــص سوى اتفاق التحكيم . وما دام ، كقـــاعدة عامة ،ان الوعـــود بالتعاقد شرعيـــة ، فيجب الاعتبار أن المادة 006 1 تعد نصا استثنائيا ويجب تفســـيره بصفـــة ضيقـــة . ولا يمكن بالتالي ان تفرض المادة 1006 المتعلقة باتفاق التحكيم تبيـــان

---

(145) نقض مدني : 26 يوليو 1883 ،دالوز : 1894، 1، 61 . و 28 يناير 1896 : دالوز 1896، 1، ص 245 .

كل الملاحظات ،في شرط التحكيم ، الخاصة بالمحكمين وبموضوعات المنازعة • واتســـه لتحكم ان يخضع شرط التحكيم للقواعد الاستثنائية التي يخضع لها اتفاق التحكيم •

ويجب التذكير ان القضاء المتعلق بالاشارات التي يجب أن يتضمنها اتفـــاق التحكيم قد كان أقل صرامـة نسبيا • فقد اقتصره في غالب الاحيان على قبول الاشـارة العامة للمسائل المتنازع فيها وقبل تخلي الطرفين لصالح الغير لتعيين المحكمين •كما تم الاعتراف بصحـة اتفاقات تحكيمية كانت في الوقت التي أبرمت فيه لا تسمح بمعرفة المحكمين اسميا ،وما هي المسائل المتنازع فيها التي تقبل البت فيها(146) ،وهــذا يدل في الحقيقة على أن المنازعة التي لم تولد بعد هي التي تحرك بطلان الشرط •

كما يجب الاعتراف أيضا ان الحجج المقدمة لبطلان شرط التحكيم ينقصها الاساس القانوني عند الغياب الكامل لنـص يسمح بتمييـز اتفاقيات التحكيم حسب الطابع الحالي او الاحتمالي للمنازعـة التي تتضمن حلها •

كما يجـب اضافة حجة أخيرة تثبت ضعف الموقف القضائي الفرنسي وهذه الحجة تكمن في الموقـف القضائي البلجيكي الذي ينطلق من نفس النصوص القانونيـة ،ومع ذلك اعترف بصحـة شرط التحكيم(147) •

ونظـرا لهذا التطور الذي عرفتـه مؤسسة التحكيم فان المشرع الفرنسي تدخل للاعتراف بشرط التحكيم المندمج في العقود التجارية •

المطلـب الثاني • صحة شرط التحكيم بالنسبة للاعمال التجارية •

ان الاعتراف بصحة شرط التحكيم في الميدان التجاري اصبح ضروريا ليس فقـط نتيجـة الضغط الذي مارسته الاوساط المهنية بل وأيضا نظرا للتعهدات التي أعطيت على المستوى الدولي وخاصة بعد المصادقة على بروتوكول جنيف الذي تعترف فيـــه

---

(146) LEVEL : Jurisclasseur Procedure civile
Fasc VI, 1er cahier. P. 3 n° 42.

(147) نقض بلجيكي 17 فبراير 1888 ،دالوز 1889 ،2 ، ص168 •

الدول بصحة شرط شرط التحكيم ،(148) وهكذا تدخل المشرع الفرنسي بمقتضى قانون 31 ديسمبر 1925 غير بمقتضاه القانون التجاري حيث أضاف فقرة أخيرة للمادة 631 تجاري تنص على ما يلي : ((... ومع ذلك، يستطيع الطرفان في الوقت الذي يتعاقدان فيه ،الاتفاق على اخضاع المنازعات السابقة الذكر الى التحكيم عندما تظهر)) . وأما المنازعات " السابقة الذكر " هي ((تلك ... المتعلقة بالاعمال التجارية مع كل الاشخاص)) .

وكان تصحيح شرط التحكيم في الميدان التجاري قد نتج في الحقيقة من تشجيع تطور التحكيم الذي استقبلت مزاياه باقبال واسع من طرف الاوساط الصناعية والتجارية بسبب الاختصاص التقني المتخصص للمحكمين ، ومزايا السرعة التي تقدمها الاجراءات التحكيمية ،بالمقارنة مع الاجراءات القضائية ومن أجل تخفيض مصاريف الخصومة .

والواقع انتهج المشرع الجزائري هذا المنهاج حيث اعتبر شرط التحكيم صحيحا بالنسبة للعقود المتصلة بالاعمال التجارية وحدها " وفي هذا الاطار يجب على الطرفين ((تعيين محكمين وتذكر أسماؤهم في العقد وفي هذه الحالة يجب ان يثبت شرط التحكيم بالكتابة ويوافق عليه على وجه الخصوص أطراف العقد والا كان باطلا ...))(149) (الفقرة 3 من المادة 444 من قانون الاجراءات المدنية) ويلاحظ أن النص المذكور قد فرض ذكر اسماء المحكمين في شرط التحكيم ويبدو ذلك غير منطقي لان ذكر اسماء المحكمين من سمات اتفاق التحكيم غير أننا نعتقد أن مصدره المسألة تكمن في خطأ مطبعي أو ربما خطأ في الترجمة لأنّ النّص الفرنسي من نفس المادة لا يفرض ذكر اسماء المحاكمين وهذا أمر معقول والا لا يكون لشرط التحكيم معنى فيصبح اتفاق تحكيم .

(148) بروتوكول جنيف المبرم بتاريخ 24 سبتمبر 1923 والمتعلق بالشروط التحكيمية نشر في كلونى 1928، ص 249.

(149) لمزيد من الاطلاع : أنظر المبحث الثاني من الفصل التمهيدى المتعلق بطبيعة شرط التحكيم القانونية .

وبقبول شرط التحكيم في المنازعات ذات الطابع التجاري فقط ، يظهر ان الشرط كاستثناء على اختصاص الغرف التجارية . وبهذه الصفة فان المنازعات التي تعود عادة الى الاختصاص التجاري هي التي يمكن أن تخضع للمحكمين بواسطة شرط التحكيم ،فيمكن أن يدمج شرط التحكيم في كل عقد يعود اختصاص الفصل للنازعات المتولدة عن العقد المندمج فيه لا ختصاص الغرف التجارية .

ولقد سبق أن رأينا أن المؤسسات الاقتصادية العامة غالبا ما تبرم عقودا تكيف بأنها أعمال تجارية بحسب الموضوع وان قوانينها التأسيسية تعتبرها تاجرا في علاقاتها مع الغير ويمكن من ثم ان تخضع المنازعات المتولدة من هذه العقود الى التحكيم .

وعلى العكس ، ففي الميادين التي تكون فيها المنازعة غير قابلة لاختصاص الغرفة التجارية ،فان البطلان يبقى قائما بالنسبة لشرط التحكيم .

أخيرا يمكن القول أنه اذا كان شرط التحكيم باطلا ، على مستوى القانون الداخلي اذا تعلق بالاعمال التجارية ، فان هذا البطلان غير متوفر اذا ما تعلق الأمر بالعقود الاقتصادية الدولية .

المبحث الثاني : شروط صحة شرط التحكيم في الميدان الدولي •

كقاعدة عامة لا تثير صحة شرط التحكيم أية صعوبة في الميدان الدولي بمعنى اذا تعلق الامر بعقد دولي • والحقيقة أن العقود الدولية تتخلص من القواعد الداخلية الصارمة التي تقع على العقود الداخلية (المطلب الاول) ،غير ان كون العقد دوليا لا يكفي لوحده لا بعاد تطبيق قواعد البطلان بل يجب ان تكون المنازعة التي يراد البت فيها قابلة للتحكيم (المطلب الثاني) •

المطلب الأول • وجوب كون العقد دوليا •

يجب الاشارة في البداية ان تعريف العقد الدولي يرتبط ارتباطا وثيقا بتعريف التحكيم الدولي • وبالفعل نظرا لاختلاف نظامي التحكيم الدولي والوطني ، فان تبيان الطابع الدولي لأي عقد يعتبر في أغلب الاحيان مسألة أولية كما هو الحال مثلا عندما تكون صحة شرط التحكيم محل نظر • وعلى العكس فعندما يناقش بصفة أساسية النظام القانوني للعقد أو للقانون الواجب التطبيق عليه ففي هذه الحالة وبصفة غير مباشرة فقط يتم التطرق الى طابع العقد الدولي •

وكما هو الحال بالنسبة للتحكيم الدولي ،فان العقد الدولي هو العقد الذي ((يثير مصالح التجارة الدولية)) • والواقع أن هذا التعريف الاقتصادي للعقد الدولي له أساسه ومصدره الاول في " قضاء" ماتر " المشهور الذي ظهر في الميدان الخاص بالقروض الدولية وبسبب شروطها النقدية (150) • ولقبوله حسب تعبير النائب العام " ماتر " ((يجب ان ينتج العقد مدا وجزرا ما وراء الحدود ، نتائج متقابلة في بلد آخر •••)) وهكذا يقع مثلا ،محلا لتسوية دولية عقد البيع التجاري الذي ينقل سلع دولة ما الى دولة أخرى ثم ثمن بيع البلد الثاني الى البلد الأول •

---

(150) Lerebourg pigeonnière : A propos du contrat international - Clunet 1951, n° 1 P. 4 et SS.

وتم تمديد هذا التعريف فيما بعد الى العقد نفسه ، وبصفة دقيقة ، وفيما يخص التحكيم تعلق الامر بقبول صحة شرط التحكيم عندما كان هذا الاخير محظورا في القانون الداخلي . ففي حكمي محكمة النقض الفرنسية " مساردان " و " هامبريكور " (151) تعلق الامر ببيع مبرم في فرنسا ، بين فرنسيين ، يتصل بسلع ذات مصدر امريكي متجهة الى ميناء فرنسي . وهذا الاعتبار فقط كفى محكمة النقض بالحكم على أن العقدين " يهمان مصالح التجارة الدولية " وسمحت من ثم للاطراف بالتخلص من حظر شرط التحكيم .

واستعمل هذا المعيار أيضا في عدة أحكام كما تدخلت في ميدان التحكيم الاستفادة من النظام الخاص الاكثر مرونة من القانون الداخلي . وهكذا كان الحال كما رأينا بالنسبة للحظر الموجه للدولة والاشخاص المعنوية العامة على طلب التحكيم (152) أو لقابلية المنازعة للتحكيم (153) أو لصحة شرط التحكيم (154) .

غير أنه توجد أحكام أخرى لم تأخذ بالمعيار الاقتصادي بل أخذت بمعيار آخر : المعيار القانوني . وحسب عبارة الحكم (155) يعتبر العقد دوليا : ((اذا ارتبط بقواعد قانونية صادرة من عدة دول)) . وهكذا افترقت محكمة باريس عن القضاء الذي استعمل معيارا اقتصاديا سواء على المستوى الخاص للتسوية المالية الدولية أو على المستوى الاكثر عمومية للعقد الدولي .

---

(151) هامش 23 .
(152) انظر الفصل الاول من هذا الكتاب .
(153) AFF. : Impex C/Malteria adriatica - Cour d'appel de Paris 20/06/1969. R.C.D.I.P. 1969 P. 738 note MEZGER.
(154) AFF. Menicucci C/Mahieux : Cour d'appel de Paris 13/12/75. Clunet 1977, 1, P. 106.
(155) Arrêt Hecht : Cour d'appel de Paris 19/06/70 note B.OPPETIT- Clunet 1971, n) 4, P. 834.

غير أن استعمال معيار قضائي بحت لتحديد الطابع الدولي يمكن أن يكون استعماله صعبا في الحالة التي يجب فيها تحديد ما اذا كان للمتعاقدين الحق في اختيار القانون الذى يحكم عقدهما • أضف الى ذلك فقد يكون المعيار القضائي ضيق • وبالفعل اذا كان العقد دوليا من الناحية الاقتصادية يكون كذلك أيضا من الناحية القانونية ،فالعكس ليس صحيحا دائما لانه يمكن ان تكون العقود المبرمة بين شخصين يحملان جنسية مختلفة لا تهم سوى اقتصاد دولة واحدة •

وعند قراءة الحكم ،يمكن أن نتساءل عما اذا كانت المحكمة قد جعلت من هذه العناصر الثلاثة (مكان تحرير العقد ،موضوعه وجنسية الطرفين المختلفة) معيارا كافيا فحسب بل وضروري للعقد الدولي • فاذا كان كذلك فانها تبدو اكثر صرامة من اتفاقية لاهاي المتعلقة بالقانون الموحد حول البيع الدولي للمنقولات(156) التي تعرف عقود البيع الداخلة في ميدان تطبيقها بتوافر عنصرين : من جهة محل الاقامة العادية للطرفين في اقليم دولتين مختلفتين ومن جهة أخرى ، اما نقل الشئ من اقليم دولة الى اقليم دولة أخرى ، واما اتمام الايجاب والقبول في دولتين مختلفتين ،واما تسليم الشيء في اقليم دولة غير الدولة التي تم فيها الايجاب وقبول العقد •

غير أنه يفضل استعمال المعيارين بالتناوب بمعنى استعمال المعيار المتوفر في ظروف القضية قانونيا كان أم اقتصاديا حتى لا يعرقل التحكيم من جهة ويؤدى الى مفهوم أوسع لدولية العقد من جهة أخرى •

وأما فيما يخص عبارة " تجارة " فيجب أن تفهم بمفهومها الواسع ، فلا تتعلق بميدان التجارة في بلد واحد فقط ،فيجب أن تتضمن عمليات المبادلة والانتاج كما تمتد الى نشاطات البناء والاستثمارات والى كل نوع من الخدمات وبكلمة الى نشاط ذى طابع اقتصادى•

---

(156) المادة الاولى من ملحق اتفاقية لاهاى المبرمة بتاريخ 1 جويلية 1964 والمتعلقة بتوحيد القانون حول البيع الدولي للمنقولات •

لكن رغم جدية هذه التعاريف ، فانه يمكن الوقوف عند معايير أخرى ، تستطيع بمقتضاها حصر العقود الدولية ، خاصة عقود التنمية الاقتصادية الدولية مثل عقود الامتياز البترولية ، على ضوء القرارات التحكيمية الدولية ومن بين هذه المعايير أن العقد الاقتصادي الدولي ليس عقدا خاصا (البند الاول) وان العقد الاقتصادي الدولي ليس معاهدة دولية (البند الثاني) •

البند الأول • العقد الاقتصادي الدولي ليس عقدا خاصا

ان عقود الامتياز الدولية تعتبر عقودا ادارية تدخل في فكرة المرفق العام وتخضع خضوعا كاملا للدولة (157) •

غير أن أغلب القرارات التحكيمية الدولية التي تطرقت الى الطبيعة القانونية لعقود الامتياز اعتبرتها عقودا خاصة لانها لا تتضمن شروطا غير مألوفة في الشريعة العامة (158) •

ففي قضية أرامكو استنتجت المحكمة التحكيمية الطبيعة العقدية الخاصة لعقود الامتياز • وانطلق تحليل المحكمة المذكورة من ان القوانين الداخلية تختلف حول طبيعة الامتيازات القانونية ثم ان مكانة الامتيازات المنجمية وكذلك الامتيازات البترولية ضئيلة في القانون الاسلامي ويختلف حسب المذاهب • وبالنسبة لرجال القانون المسلمين لا يوجد فرق بين هذه الفئات (معاهدة ، عقد عام أو اداري ، عقد مدني أو تجاري) وتعتبر كلها تعهدات يجب أن تراعى ما دام أن الله شهيدا في كل مرة يبرم فيها الافراد أو المجموعات عقودا وهكذا استنتجت المحكمة التحكيمية الطبيعة العقدية لعقد الامتياز • ثم أضافت المحكمة المذكورة أن ((عقد امتياز ارامكو عقد امتياز لاستغلال الثروات العامة ، هو ذو طبيعة عقدية ، وليس عقد امتياز للمرافق العامة ، فالحقوق والالتزامات المترتبة للشركة صاحبة الامتياز لها طابع الحقوق

(157) A. DELAUBADERE : traité de droit administratif Tome 1, P.641 et notamment P. 644. Paris L.G.D.J. 8ème Ed. 1980.

(158) أنظر قرار أرامكو المجلة النقدية للقانون الدولي الخاص رقم 52 ، لسنة 1963 ، ص 279 • قرار تكزاكو كالازياتيك ، Clunet, 2, 1977, P. 351

المكتسبة ولا يمكن أن تغير بدون رضاها ، من طرف الدولة المانحة لهذا الامتياز ....)) (159)

أما في قضيتي تكزاكو كلازياتيك فقد اعتبرت المحكمة التحكيمية ان التصرفات القانونية التي تحصلت بمقتضاها الشركتين المدعيتين على امتيازات من الدولة الليبية عقودا بل هي عقود مشمولة بالقوة الملزمة للطرفين سواء تطبيقا للشريعة الاسلامية (سورة المائدة : يا أيها الذين آمنوا اوفوا بالعقود) أو تطبيقا للقانون المدني الليبي وخصوصا المادتين 147 و 148 منه (160) . وهكذا نفت المحكمة التحكيمية الطبيعة الادارية على عقود الامتياز لانها لا تتضمن الشروط الغير مألوفة التي توجد في العقود الادارية كسلطة الفسخ من جانب واحد مثلا ، وما دام أن الدولة الليبية قد ابرمت عقدا يتضمن شرطا ألزمت بمقتضاه بعدم تغيير العقد الا باتفاق الطرفين يعني ان الدولة قد أبرمت هذا العقد بالتساوي مع المتعاقد الآخر. (161) وذهبت محكمة التحكيم الى اعتبار عقود الامتياز عقودا دولية حيث عرفت العقد الدولي : ((العقود الدولية هي تلك العقود ، بالمعنى الاقتصادي ، التي تثير مصالح التجارة الدولية ، وبالمعنى القانوني ، هي التي تتضمن عناصر اسناد لدولة مختلفة)) . (162)

وما يمكن ان يستنتج مما سبق ان الاتجاه يهدف الى الدفاع عن حقوق ومصالح المتعاقدين الاجانب . ويبرز ذلك واضحا من المصطلحات المستخدمة للدلالة على العقود الاقتصادية الدولية : مصطلح الامتياز. ويلاحظ أن هذا المصطلح لا يحظى بقبول الدول المتعاقدة خاصة الدول النامية المنتجة للبترول (163) اذ أنه

---

(159) قرار ارامكو، المرجع السابق ، ص348.

(160) قضية تكزاكو كلازياتيك ـ المرجع السابق ـ ص363.

(161) " " " ـ ص365.

(162) J.F. LALIVE : Un grand arbitrage petrolier entre un gouvernement et deux sociétés privées étrangères. Clunet 1977, 2,P.331

(163) F.ROUHANI : Accords et cortrat internationaux dans le domaine du pétrole. Rev. de l'inst. fanc du pétrole. 1963, P. 941.

كان ستخدم حتى عهد قريب ليدل على الجزء الغنى من المدن التي كان الاجانب (164) يقيمون فيها و يتمتعون فيه بقدر من الاستقلال تجعلهم بمثابة دولة داخل دولة وكانت هذه الامتيازات تتم في شكل معاهدات دولية و تتضمن نزولا كليا أو جزئيا عن السيادة الاقليمية •

و مهما يكن من أمر فان مصطلح الامتياز قد تجاوزته الاحداث **بحيث** أن التنظيم السلطوى المتزايد لعقود البترول قد قيد من حرية المتفاوضين •

و يلاحظ في هذا الصدد ان الفقه الحديث يعتبر العقود الدولية ذات طبيعة مختلطة تجمع بين خصائص القانون العام و الخاص على حد سواء • (165)

غير أن هذه الاقتراحات حول الطبيعة القانونية للعقود الدولية ليست في أحسن الظروف الا حلا جزئيا للمشكلة ، فالدولة لا تظهر في هذه العقود بوصفها شخصا من اشخاص القانون الخاص وانما بوصفها ذات سيادة • ولذا فان الصفة الخاصة لهذه العقود تضمحل في الوقت الذى تتضاعف فيه الصفة العامة لها ـ ولذلك نعتقد أن عقود الدولة ، خاصة البترولية منها ، ليست عقودا خاصة خاضعة للقانون الخاص و ليست عقودا مختلطة تشمل عناصر القانون الخاص وعناصر القانون العام •

فلو ألقينا نظرة على أهمية البترول بالنسبة لاقتصاد الدول النامية الوطني ، لانها هي التي تبرم مثل هذه العقود لوجدنا أنها تشكل نسبة كبيرة من الدخل القومي بل هو مادة استراتيجية خطيرة تعرض الاقتصاد الى الخطر اذا لم تحاط بقواعد صارمة تحول دون التصرف فيه بكل حرية • و يمكن اعتبار البترول مرفق عام لانه يمثل منفعة اجتماعية و اقتصادية و لذلك يجب ان يخضع للقانون الوطني ، كما يجب ان تتدخل الدولة في كل مرة تقتضيها المنفعة الاجتماعية لتغيير عقود البترول ثم ان كل دولة حرة في اعتبار ما هو نافع للمصلحة العامة وان هذا التغيير

---

(164) Union academique internationale. Dictionnaire de la terminologie du droit international Privé Paris Sirey. 1960, P. 139.

(165) C. ROUSSEAU : Droit international public Précis dalloz 1970, P. 117

الاعتادى للعقد أو فسخه من جانب واحد يعد عملا شرعيا مع التحفظ بالتعويض •

ويمكن القول في هذه المرحلة من ملاحظاتنا أن العقود الدولية هي أوضح الامثلة على العقود الادارية ، فهذه العقود كلها تدخل السلطة العامة طرفا فيها ، ويقوم الطرف الاخر وهو الشخص الخاص بتنفيذ المرفق العام وتتضمن جميعا شروطا غير مألوفة في القانون العادى (166) بل ان الدولة في هذا النوع من العقود تعمل بالنيابة عن الأمة لاستغلال احد الثروات الطبيعية ذات الاهمية الحيوية ، بل ان الطبيعة الادارية لامتيازات المناجم في فرنسا وهي عقود دولة بمعنى الكلمة ليست محلا للشك في الوقت الحالى • (167) بل اعتبر البعض (168) ان امتياز المناجم يعد بمثابة عمل ادارى منفرد ولا يغير من ذلك كون هذا الامتياز قد تم بناء على طلب صاحب الامتياز كما أن موافقة صاحب الامتياز ليس من شأنها ان تحول الامتياز من عمل منفرد الى عقد ، كما تستطيع الادارة ان تسحب الامتياز من صاحبه في الحالات المنصوص عليها في القانون الداخلى •

والحقيقة أنه يصعب الحديث عن طبيعة قانونية واحدة للعقود التي تبرمها الدولة مع المتعاقد الاجنبي ، فقد لا تتماثل الطبيعة القانونية بين العقود المتعلقة بالنفط والعقود المتعلقة بنقل التكنولوجيا ، بل وفي نطاق نفس الفئة من العقود فاننا لا نستطيع الكلام عن طبيعة قانونية واحدة — فالطبيعة القانونية لعقود الامتياز بيع وشراء الاسلحة تختلف بالضرورة عنها في عقود بيع وشراء أمور مكتبية • (169)

---

(166) M. ELSAYED l'organisation des pays exportateurs de petrole paris 1967, P 79

(167) اندريه دولوباد ير: المرجع السابق — الجزء 4 • ص 382 • وما يتبعها • طبعة 1977 •

(168) G. JEZE Operations Adminsstratives non contractuelles Rev. droit public 1925 - P 489-490

(169) J. Verhoven : " Contrats entre Etats et ressortissants d'autres Etats" in le contrat Economique international Paris Redon 1975, P 116.

نخلص مما سبق أن عقود الدولة خاصة المتعلقة بالمحروقات فهي رغم غموضها وتعقيدها عقود تخضع للقانون الداخلي •

البند الثاني • العقد الاقتصادي الدولي ليس معاهدة دولية •

لا يمكن اعتبار العقد الدولي معاهدة دولية ، غير ان بعض القرارات المذكورة قد رأت غير ذلك ، ففي قضية تكزاكو كلازياتيك تذهب محكمة التحكيم الى تدويل العقد قائلة بأنه يكفي لوحده أن يكون قانونا لعلاقات الطرفين ، ثم ان قضاء المحكمة الدائمة للعدل الدولي قد بت في ان العقد لا يمكن ان يخضع للقانون الدولي لانه لا يمكن ان يشبه معاهدة دولية • (170)

غير أن محكمة التحكيم ترى ان الفقه الجديث للمعاهدات لا يعتبر المعاهدات النموذج الوحيد للاتفاقيات التي تخضع للقانون الدولي ، وحتى ولو لم تختلط العقود بالمعاهدات ، فان العقود بين الدول والاشخاص الخاصة يمكن ان تخضع ، في حالات معينة ، لشعبة خاصة وجديدة من القانون الدولي ، وهي قانون العقود الدولية • (171)

ولاستبعاد تطبيق القانون الوطني الليبي أخذت محكمة التحكيم — أو بالاحرى أعادت تفسير الحل الذي جاءت به محكمة العدل الدولية الدائمة لسنة 1929 بصفة غير معقولة • فالمحكمة الدولية تقول : ((كل عقد غير مبرم بين دولتين كشخصين من أشخاص القانون الدولي انما يجد أساسه في قانون وطني)) • ولاستبعاد تطبيق هذا الحل حاولت محكمة التحكيم تبيان أولا ، أن منذ 1929 اعتبرت المحكمة الدائمة للعدل الدولي ان القواعد التي تمثل اساسا للعقود يمكن أن تكون ذات طابع دولي حقيقي • غير ان دراسة معمقة لحكم محكمة العدل الدولية الدائمة لا توصلنا الى مثل هذا الاستنتاج • فقد اقتصرت محكمة العدل الدولي على

---

(170) C.P.J.I 12/07/1929 AFF: Emprunt s Serbes et Brésiliens — clunet 1929 — P 1002 .

(171) قضية تكزاكو كلازياتيك — المرجع السابق — ص356 •

القول بأن قواعد التنازع التي تحدد القانون الوطني الذى يمثل أساسا للعقد يمكن ان تكون مشتركة لعدة دول ، و هذا لا يعني أنها قواعد دولية بل هي ليست قواعد دولية .(172)

و تبقى اذن مسألة " التدويل " بمعنى الاسناد الى القانون الدولى الذى ينتمي حسب محكمة التحكيم ، في جزء منه ، من العناصر التي يتضمنها العقد ، خاصة الرجوع للمبادئ العامة للقانون أو ادماج شرط التحكيم في العقد . و هذا العنصر الثاني لا يعتبر بالضرورة حاسما لانه يمكن الاقتصار في عقد ما على الرجوع الى التحكيم الدولى مع تطبيق القانون الوطني على الموضوع ، فيجب اذن الفصل بين تدويل الاجراءات التحكيمية و تدويل القانون الواجب التطبيق على الموضوع ولا يمكن اذن مشاطرة محكمة التحكيم عندما تصرح أن : ((ادماج شروط التحكيم في العقود يؤدى الى تطبيق قواعد القانون الدولى))(173) . و يبدو أن تفكير محكمة التحكيم حول هذه المسألة مرتبكا ما دام انه في الفقرة اللاحقة ينقض التأكيد السابق بتصريحه أن ((اختيار الاجراء التحكيمي الدولى لا يمكن لوحده أن يؤدى الى تطبيق القانون الدولى بصفة استثنائية)) بينما يصرح بعدة عدة أسطر أنه ((مؤكدا أن الرجوع الى التحكيم الدولى يكفي لتدويل العقد))(174) . معنى ذلك أن كل شيء يجرى وكأن العقد المدول يعتبر معاهدة دولية ، و يؤكد المحكم في القضية المذكورة أنه ((يصعب التمييز بين المعاهدة والعقد المدول))(175) وهذا يعني رفع الاشخاص الخاصة الى درجة اشخاص القانون الدولى ، ولو حاول المحكم تخفيض هذه النتيجة بقبوله أن الاشخاص الخاصة في النظام الدولى ليست لها سوى " أهليات محددة " .

---

(172) B . STERM Trois arbitrages, un même problème, trois solutions . Rev. Arb. 1980, I , P 21

(173) ب . لاليف في تعليقه عن القضية — المرجع السابق — ص338 .

(174) قضية تكزاكو ، — المرجع السابق — ص356 .

(175) قضية " ، — المرجع السابق — ص356 .

غير أن هذا الكلام مبالغ فيه، فالمجتمع الدولي كما يقول السيد " ريجو " (لا يمكن أن يقبل ان تتخلى الدولة عن سيادتها ازاء مؤسسة خاصة . وهذا الامر لا يتعلق بالمحافظة على النظرة الكلاسيكية للنظام القانوني الدولي الذي يقاس بالدول أو بالمنظمات الدولية ... فوجود الفوضى كاف هنا حتى لا تتصور ان تعطى الدولة لاحد المتعاملين معها، شركة خاصة، بطاقة العضو في النادي وتسمح لها هكذا بالاحتجاج فيما بعد بالحد من سيادتها)) [176].

ويؤخذ أخيرا على هذا القرار التحكيمي بأن فكرة عقد الدولة يفرض على الدولة التزامات متشابهة مع تلك التي تنتج من معاهدة دولية قد تمت مساندتها من طرف جزء من فقه البلدان الرأسمالية المصنعة وقبل قرار تكزاكو فانها لم توجد أية مساندة في القضاء الدولي ولا حتى في حفنة التحكيمات العابرة للحدود الوطنية التي لم تؤكد، في عبارات صارمة كما فعله القرار المذكور، أن الدولة تستطيع عند ابرامها لمثل هذا العقد، أن تتصرف في جزء من سيادتها على مواردها الطبيعية الذي يعترف لها به القانون الدولي .

وكذلك لا يمكن اعتبار " مكتسبة " بمعنى القانون الدولي، تلك الحقوق أو المصالح التي احتجت بها شركة خاصة أجنبية خلال المدة اللازمة لاستغلال المنتوجات الطبيعية المتضمنة في هذا الامتياز . فالتنازع بين المصلحة العامة المصلحة الجماعية المشتركة مع السيطرة الشعبية على الموارد الطبيعية والمصلحة المالية لشركة خاصة أجنبية تعود بالدرجة الاولى الى اختصاص المشرع الداخلي . فالتحليل ذكيا لكنه ضعيف، لفكرة العقد المدول ويبدو ليس أكثر من وسيلة بمقتضاها نجمد للوصول الى غاية متجاوزة سياسيا .

---

(176) F. RIGAUX : Des dieux et des heros . Reflexion sur une sentence arbitrale R.C.D.I.P 1978, 3; P 445

بالاضافة الى ذلك ، فان اصطلاح المعاهدة لا ينصرف الا الى الاتفاقيات المبرمة بين اعضاء المجتمع الدولي (177) ونظرا لان عقود الدولة لا تتم بين أشخاص القانون الدولي وانما بين احد هذه الاشخاص وشخص من اشخاص القانون الداخلي ، فانه لا يمكن ادخالها في عداد المعاهدات الدولية . ولهذا السبب رفضت محكمة العدل الدولية في تأميم البترول الايراني وجهة نظر المملكة المتحدة من ان عقد البترول الذي ابرمته ايران مع شركة الانجلو ايرانيان عام 1933 يتمتع ذي طبيعة مزدوجة أي انه عبارة عن معاهدة بين ايران والمملكة المتحدة من ناحية وعقدا بين ايران والشركة من ناحية أخرى . ولم تجد المحكمة في هذا المقصد سوى . عقد امتياز بين حكومة وشركة خاصة أجنبية . (178) ، وقبل أن تصل المحكمة الى عدم اختصاصها بالنظر في الطلب الذي تقدمت به بريطانيا للمحكمة في 26 مايو 1951 قالت انه لا توجد أي علاقة تعاقدية بين حكومة ايران وحكومة المملكة المتحدة . فلا تستطيع حكومة ايران بمقتضى العقد ، أن تطالب المملكة المتحدة بأي حق لها ازاء الشركة كما أنه لا يمكن دعوتها بالتقيد ازاء المملكة المتحدة بالالتزامات التي قطعتها على نفسها لصالح الشركة وذلك لان الوثيقة التي تحمل توقيع ممثلي حكومة ايران والشركة لا تستهدف الا غرضا واحدا وهو تنظيم العلاقات بين الحكومة والشركة فيما يتعلق بالامتياز . وهو لا ينظم بأي شكل كان العلاقة بين الحكومتين .

وأما في قضية اراكو السابقة الذكر فان محكمة التحكيم أكدت أنه حيث ان اتفاقية 1933 لم تبرم بين دول وانما بين دولة وشركة خاصة فانها لا تتبع القانون الدولي العام . (179)

(177) L. CAVARE : Le droit international public positif Paris 1969, P.69 .

(178) Conv international de justice . Recueil 1952 P 112

(179) قضية ارامكو — المرجع السابق — ص 313 .

ومهما يكن من أمر، فان العقد الاقتصادى الدولى هو العقد الذى يشـير مصالح التجارة الدولية أو الذى يتضمن على عنصر أجنبي .

والواقع ان كون العقد دوليا لا يكفي لتصحيح شرط التحكيم، فيجب ان تكون المنازعة قابلة للتحكيم .

المطلب الثاني : قابلية المنازعة للتحكيم .

تنص الفقرة 2 من المادة 442 من قانون الاجراءات المدنية الجزائري على مـا يلي : ((... ولا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة ولا في حقوق الارث المتعلقة بالملبس وبالمسكن ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الاشخاص وأهليتهم ...))

ويتضح لنا من هذا النص أن هناك مواد لا تقبل البت فيها عن طريق التحكيم . والحقيقة أن الالتزام بالنفقة وحقوق الارث المتعلقة بالمسكن وبالملبس وكذا حالة الاشخاص وأهليتهم كلها تتعلق بالنظام العام، فهي جزء من المؤسسات التي تشكل الاطار الاجتماعي الذى يمنحها طابع النظام العام .

وتصعب في الحقيقة محاولة تعريف النظام العام، فالامر يتعلق بمفهوم غامض جدا وأساسي في نفس الوقت . ويرى البعض (180) أن ((بالرغم من ان التحكيم ... قد أثار منذ الحرب العالمية الثانية دراسات كبيرة، فان موضوع المحكم والنظام العام لم يقع محل دراسات كافية ...)) ولذلك يلاحظ الطابع الغير مجدى لا يـة محاولة لتعريف النظام العام فهو فكرة " على بياض " تتركها القواعد الا مرة ليتدخل بمقتضاها القاضي لملء الفراغ كما يراه منصفا (181) .

(180) F. RIGAUX . Droit public et droit privé dans les relations internationales. Paris Redon 1977, P. 390

(181) حسن كيرة — المدخل للعلم القانونية، الطبعة الخامسة . منشأة المعارف . الاسكندرية — 1974 . ص 52 و 53 .

لقد امتنع القضاء ،كما نعرف ،عن تعريف النظام العام و يبدو أنه مستحيلا اعطاء تعريفا قطعيا للنظام العام ، وقد جاء (هانري دوبان)[182] مع ذلك بفكرة عامـــة ، مفادها ان القانون أو القاعدة القانونية المتعلقة بالنظام العام هي تلك التي تمـــس بالمصالح الجوهرية للدولة أو المجموعة ، والتي تحدد في القانون الخاص ،الاســـس القانونية الاساسية التي يرتكز عليها النظام الاقتصادى أو الاخلاقى للمجتمع •

والواقع أنه أمر طبيعى بل وبديهي ان يقف التحكيم ، نظرا لطبيعته الخاصـــة ، الليبرالية والمرنة ، عند أبواب الاسس والشروط اللازمة والصارمة للنظام العام • ويبدو للوهلة الاولى ان مجرد الرجوع للنظام العام يبعد كل تحكيم وبالتالى لا يستطيـــع الطرفان الاتفاق على التحكيم في كل المسائل المتعلقة بالنظام العام •

والحقيقـــة ان عبارة " المتعلقة " غامضة مثلها مثل مفهوم النظام العام نفسه ، فهل يجب ان تكون هذه العلاقة أكيدة ومباشرة أم يكفى أية رابطة ما ممكنة واحتماليـــة مـــع النظـــام العام •

فلم يستطع القضاء والفقه الا على حصر فكرة النظام العام ، خاصة بواسطـــة التمييز بين قواعد النظام العام : القواعد الآمرة والقواعد المكملة •[183]

غير أنه ثابت في الفقه والقضاء الفرنسيين أن التحكيم لا يستبعد لمجـــرد أن المنازعة تخضع ،من بعض النواحي ، لتنظيم النظام العام ،أو ان يثار النظام العام فـــي في اتفـــاقيـــة تحكيميـــة أو في تطبيقهـــا • [184]

---

(182) H • DEPAGE : traité élèmentaire de droit civil Belge 1948, Tome 1, p 102

(183) السنهورى ــ الوسيط ــ المرجع السابق ــ ص399 وما يتبعها •

(184) G • HORSMANS• L'arbitrage et l'ordre public interne Belge • Rev Arb • 1972, 2, P•82

غير أنه يجب الاستبعاد التحكيم أن يكون النظام العام ملموسا بصفة مباشرة وضرورية وان هذا المساس يكون في محل المنازعة نفسه الخاضع للمحكمين بمعنى يوجد في هذا المحل السبب الاساسي ، المباشر والفعال للاخلال بالنظام العام •

ولذلك أكدت محكمة باريس (185) أن ((بطلان اتفاق التحكيم لا ينتج من كون أن المنازعة تتعلق بمسائل النظام العام ، لكن فقط من كون أن النظام العام قد تم خرقه)) بعبارة أخرى وفي المجال الذي يهمنا لا يستطيع الطرفان طلب التحكيم في المسائل التي تخرق وتعرقل النظام العام وهي المسائل المبينة في المادة 2/442 من قانون الاجراءات المدنية السابق الاشارة اليها ، بمعنى لا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة ولا في حقوق الارث والحقوق المتعلقة بالمسكن والملبس ولا في المسائل المتعلقة بحالة الاشخاص وأهليتهم •

هذا ، وفي مجال العلاقات الاقتصادية الدولية فانه نادر جدا ان ينصب العقد على المسائل المبينة في الفقرة 2 من المادة 442 لان هذه المسائل خارجة عن دائرة التجارة ولذلك يبقى الشرط الوحيد لكون المنازعة قابلة للتحكيم هو عدم تناقضها مع النظام العام •

---

(185) هامش 87 •

الباب الثاني :

استقلالية شرط التحكيم وأثاره

لقد سبق أن رأينا في الباب الاول نطاق تطبيق شرط التحكيم وصحته وحددنا الاشخاص التي تستطيع ابرام شرط التحكيم وما هي الحدود التي تحد من هذه الأهلية كما رأينا الشروط الواجب توافرها ليكون شرط التحكيم صحيحا من الناحية القانونية .

غير أن لشرط التحكيم بعض الخصائص الاخرى التي يتوفر عليها وهي الاستقلالية المادية والمعنوية عن العقد المندمج فيه (الفصل الاول) .

هذا ويلاحظ في هذا المضمار أن لشرط التحكيم بعض الآثار التي تؤدى الى تدويل العقد الذى يندمج فيه والتي تخلق بعض الاشكالات على مستوى العلاقات التجارية الدولية . (الفصل الثاني)

الفصل الأول : استقلالية شرط التحكيم:

في البدء، يمكن القول أنه لا يوجد أى نص أو حكم قانوني ينظم بصفة خاصة ودقيقة مسألة العلاقات بين شرط التحكيم والعقد الاساسي الذى يتضمنه.

ويلاحظ أن هذه المسألة عالجها الفقه بصفة عامة، والفقه المدنى خاصة في اطار النظرية القضائية للبطلان الجزائى للعقد(186)، بحيث يدرس مصير العقد، في نفس الوقت مع مصير بعض نماذج الشروط الاخرى، مثل الشروط النقدية، شرط عدم المنافسة، مما يثبت، بعبارة أخرى، المعالجة البسيطة للطابع الاجرائى لشرط التحكيم، كما يثبت أيضا، فيما يخص شرط التحكيم، ان الامر يتعلق ليس بالحفاظ على العقد الاساسي رغم بطلان أحد نصوصه، بل على العكس بالحفاظ على نص رغم بطلان مجموع العقد.

وهذه المسألة يعبر عنها باستقلالية شرط التحكيم. والحقيقة أن استقلالية شرط التحكيم عبرت عنها محكمة النقض الفرنسية في قضية جوسى بتاريخ 7 ماى 1963(187) حيث قررت: ((... في ميدان التحكيم الدولي تمثل اتفاقية التحكيم سواء أبرمت بصفة منفصلة أو ادمجت في التصرف القانوني الذى ترتبط به، ما عدا ظروف استثنائية، استقلالية قانونية كاملة، وتستبعد من ثم امكانية تأثرها بأى بطلان احتمالى لهذا العقد.

ويمكن أن يستنتج من هذا الحكم نتيجتين: أولهما عدم بطلان اتفاقية

---

(186) Ph. FRANCESCAKIS : Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire après l'arrêt "HECHT". Rev. Arb. 1974, N° 2, P. 68 et SS.

(187) هامش 7.

التحكيم عند بطلان العقد الاساسي (المبحث الاول) و امكانية خضوع شرط التحكيم لقانون آخر غير القانون الواجب التطبيق على العقد الاساسي الذى يتضمنه (المبحث الثاني) .

المبحث الاول : عدم بطلان شرط التحكيم عند بطلان العقد الاساسى :

يلاحظ أن استقلالية شرط التحكيم تتعلق بالتحكيم الدولي فقط دون التحكيم الاجنبي الذى يرتبط بعلاقة قانونية داخلية بحتة تهم اقتصاد بلد واحد . و يجب أن نذكر في هذا الصدد أن الحلول الخاصة بالتحكيم الدولي تفهم بكون أن المنازعات الخاضعة لمثل هذا التحكيم تتعلق بعقود تثير مصالح التجارة الدولية . لكن ليس الحال كذلك بالنسبة للتحكيم الاجنبي الذى يكون محله داخلي بحت و اذا كان قانون البلد الذى يرتبط به هذا التحكيم يستبعد استقلالية اتفاقية التحكيم ، فلا نرى كيف يستطيع القاضى المتولى بالبت في النزاع رفض تطبيق هذا الحل (188) .

و الحقيقة أن مبدأ استقلالية الشرط يثار في كل مرة تكون فيها صحة العقد الاساسى محل نظر عندما يكون العقد الاساسى باطلا أو مشوبا بالبطلان بمعنى يبقى الشرط التحكيمي قائما و يتولى المحكمون البت في المنازعات التي عينوا من أجلها رغم بطلان العقد الذى يتضمن الشرط (المطلب الاول) غير أن هذه النتيجة لا تكون صحيحة بكل صرامة من الناحية العقلانية ، بمعنى أن مبدأ الاستقلالية لا يكفي لوحده لتصحيح تولية المحكم بالنظر في المنازعات لأنه يمكن الاستشهاد

---

(188) أنظر المبحث الاول من الفصل التمهيدى ، و أنظر كذلك — نظرا لترابط الموضوعين المبحث الثاني من الفصل الثاني من الباب الاول .

بالبطلان ضد التصرف القـانوني الذى تستنتج عنـه تولية المحكم . (189) (المطلب الثاني) .

المطلب الأول : تولية المحكم بالنظر في اختصاصه و في المنازعة .

ان الدفع بعدم اختصاص المحكمين يمكن ان يؤسس حول عدم و جود او بطلان اتفاقية التحكيم نفسها . بل يمكنه أيضا أن يعيد النظر في و جود أو في صحة العقد الذى يتضمن شرط التحكيم . ففي هذه الحالة تدخل استقلالية شرط التحكيم أو((قابلية الفصل)) حسب التعبير الامريكي، (190) غير أنه يجب تحديد ميدان تطبيق الاستقلالية المذكورة ، فاذا كان بالفعل وجود الاتفاقية التحكيمية نفسه محل نظر، فان المحكمين المختصين بالفصل في المنازعة يقررون ربما بعدم وجود عقد يربط الطرفين، و يجب عليهم اذن التصريح بعدم اختصاصهم حول موضوع المنازعة ، اما اذا أعتقدوا على العكس من ذلك ان مثل هذا العقد موجود فانهم يتابعون مهمتهم، وان استقلالية شرط التحكيم لا تلعب في الحقيقة دورها الا في الفرضية الاخرى ، و هي التي تكون فيها فقط صحة العقد الاساسى (و ليس عدم وجوده) محل نظر . فاذا اعتبر المحكمون أن العقد الاساسى صحيحا، فان الشرط التحكيمي يكون صحيحا أيضا الا اذا أنكره أحد الطرفين، و في حالة بطلان العقد الاساسى فقط يمكن اثارة مسألة استقلالية شرط التحكيم .

---

(189) B.GOLDMAN : Les problèmes spécifiques de l'arbitrage international. Rev. Arb. 1980, 2, P. 332.

(190) P. FOUCHARD : " Les travaux de la C.N.U.D.C.I. Le réglement d'arbitrage". Clunet, 1979, 4, P. 836 .

ان استقلالية الشرط ، اذن ليست غاية في ذاتها، فاذا كان العيب الذى يشوب العقد الاساسى هو من طبيعة توثر أيضا على شرط التحكيم (كعيب الرضا مثلا) فيجب ان يبطل شرط التحكيم بواسطة المحكمين الذين لا يستطيعون بالتالي الفصل في النقاط الاخرى للمنازعة . ولا يكون لاستقلالية الشرط في هذه الحالة أى أثر . وعلى العكس يستطيع المحكمون ملاحظة ان البطلان خاص بالعقد الاساسى ((كأن يدفع بخرقه لقاعدة من قواعد النظام العام أو قانون الضبط)) ، فان استقلالية الشرط تسمح للمحكمين بالحكم بعدم تأثره ببطلان العقد ، وبعد النطق بذلك يبقى المحكمون مختصون بالفصل في الأوجه الاخرى للمنازعة ، وخاصة في نتائج هذا البطلان و مسوءوليات الطرفين في موضوع هذا البطلان .

معنى ذلك أنه عندما يكون شرط التحكيم صحيحا و لم ينتهى ، فان الخلاف الذى يتضمنه يستبعد عن المحاكم العادية . و مع ذلك فاذا رفعت الدعوى في هذا الصدد أمام المحاكم فليس للقاضى أن يدفع مباشرة بعدم اختصاصه بل على الطرف الذى يحتج ضد الاتفاقية التحكيمية ان يتخذ مبادرة اثارة عدم الاختصاص في بداية المنازعة بمعنى قبل أى رفع و وسائل دفاع موضوعية أخرى (191) .

غير أنه يوجد نفر من الفقه يرى عكس ذلك (192) . و يعتقد هذا الاتجاه أنه عند بطلان العقد الاساسى يبطل شرط التحكيم المندمج فيه ، فشرط التحكيم المندمج في العقد ، كما يرى هوءلاء ليس سوى أحد نصوص هذا العقد وغياب العقد

---

(191) هورسمانس و درمين — المرجع السابق — ص 231 .

(192) G. GRECH : Précis de l'arbitrage commercial - Traité pratique sur la clause compromissoire et les chambres arbitrales - Paris 1964, P. 32 .

يؤدى الى غياب شرط التحكيم . و أما المحكم المطروح أمامه دعوى ابطال العقد ، يلتزم بتأجيل البت الى حين الفصل في دعوى الابطال من طرف المحكمة الدولانية .

ولتعزيز هذا الزعم قيل أن التحكيم واقعة اجتماعية ، ولا يمكن أن يخالف حدود السلطات القضائية الخاصة الممنوحة للمحكم . ولا بد أن يفوق القضائى على الخاص، ولصالح المتنازعين ليس ذى فائدة اثارة تناقض الاحكام (أى تناقض الحكم الصادر من القاضي و القرار الصادر من المحكم) عندما تكون صحة العقد و شرعيته محل نظر (193) .

و يميز هؤلاء بين مسألة الاختصاص و مسألة صحة مؤسسة التحكيم . ففي المسألة الاولى يكون المحكم قاضيا و سيدا لاختصاصه ، و له الحق و عليه الواجب أن يبت ، ما دام أن صحة العقد الاساسى ليس محل نظر . أما في المسألة الثانية، فعلى العكس ، فان شرط التحكيم الذى أنشأ المحكم يتبع مصير العقد الاساسي الذى أثير الغاؤه و بطلانه أمام قضاء الدولة .

ان شرط التحكيم حسب هذه النظرة يعد أحد نصوص العقد وهو تابع له . و الفرع يتبع الأصل . فالعقد كل و أما شرط التحكيم فهو جزء ، و الجزء يتبع الكل واذا كان العقد باطلا فانه يستبعد أن يبت في وجوده الذى يرتبط بوجود المحكم نفسه . و لذلك يفضل هؤلاء الحذر كلما أثير بطلان العقد منذ البداية و الذى يعتبر مسألة أولية ، يجب الفصل فيها من قبل محاكم الولاية العامة .

غير أنه يصعب مشاطرة هذا الرأى . فاننا لا نرى لهذا الحذر مبررا . وبالفعل ان شرط التحكيم يمكن اعتباره جزءا من العقد المندمج فيه ، غير أن هذا الاندماج في

---

(193) جاستون جراش — المرجع السابق — ص 33 .

الحقيقة ليس الا انه ماجا ماديا وشكليا فقط، خاصة اذا اعتبرنا أن لشرط التحكيم
طابع اجرائي بحت . أضف الى ذلك أنه يمكن تصور شرط التحكيم في اتفاقية منفصلة
تماما عن العقد الاساسي الذى تتعلق به، فهل يمكن اعتبار الشرط المنفصل بمثابة
نص أو جزء من كل؟ فاذا قبلنا أن يكون شرط التحكيم في اتفاقية منفصلة فلا ندري
لماذا لا تقبل استقلاليته عندما يكون مندمجا ماديا في العقد الاساسي؟

هذا ويلاحظ في هذا الصدد أنه عندما يكون وجود العقد الاساسي أكيدا،
فان الاحتجاج على صحة الشرط لا يمكن أن يكون الا أمام المحكمين لأنه ما دام
البطلان لم يتدخل بعد بواسطة قرار من المحكم فلا يمكن أخذه في الحسبان وأن
المحكمة الوحيدة المختصة بذلك هي المحكمة التحكيمية . فالاتفاقية صحيحة الى حين
ابطالها، وترفع نظرا لهذه القوة المؤقتة، اختصاص محاكم الولاية العامة، لأن كما
سبق أن قلنا (194) يعتبر شرط التحكيم وعدا بالتعاقد أى وعدا بالتحكيم منشئا
للاختصاص فتصبح المحاكم الموضوعة أمام شرط التحكيم غير مختصة .

والحقيقة أن القضاء الفرنسي قد وضع حدا لهذه المناقشة واعتبر
شرط التحكيم مستقلا استقلالية كاملة عن العقد الذى يرتبط به. (195)

ويبدو أننا أمام قاعدة قانونية مادية للقانون الدولي استقبلت بصفة واسعة
من أجل احتياجات التجارة الدولية من قبل الدول التي ألترمت بذلك بمعنى أن مبدأ
استقلالية الشرط له نظامه القانوني بمجرد أن يندمج في عقد دولي (196) .

---

(194) أنظر المبحث الثاني من الفصل التمهيدى .

(195) Arrêt "HECHT". Cass. Civ : 4 /7/ 1972, Clunet 1972, P.843 note B. OPPETIT
Arrêt "MENICUCCI" cours d'appel de Paris 1975. Clunet 1977, P.106, Note E. LOQUIN

(196) J.M.JACQUET : Principe d'autonomie et contrats internationaux Paris 1983, P. 44.

ان هذا الاتجاه الذى يتناسب مع متطلبات التجارة الدولية و مع مقتضيات الاقتصاد المصرى قد أخذت به أيضا الدول الاشتراكية خاصة اذا تعلق الأمر بعقد دولي مثير لمصالح التجارة الدولية ، لقد قرر بريزيد يوم لمحكمة التحكيم للغرفة البولونية للتجارة الخارجية بوارسو أن ((شرط التحكيم ولو أدمج في العقد ، يعتبر عقدا قضائيا و يتمتع بالتالي بأستقلالية خاصة . . . و لا يبطل الا اذا وجد تصريح صارم لارادة الطرفين يقضي بابطاله . . .))(197) كما أخذت بهذا الاتجاه بعض دول امريكا اللاتينية ما عدا الاكوادور(198) . وأما نظام التحكيم للجنة اللاتينية الامريكية فينص في المادة (21) منه على اختصاص . . . ((المحكمة التحكيمية بالنظر في وجود أو في صحة العقد الذى يتضمن شرط التحكيم . و يعتبر شرط التحكيم المندمج في العقد اتفاقية متميزة عن الشروط الاخرى المتضمنة في العقد . ان ملاحظة بطلان العقد من قبل المحكمة التحكيمية لا يؤدى بقوة القانون الى بطلان شرط التحكيم(198) .

و فيما يخص الانظمة التحكيمية و بعض الاتفاقيات الدولية فانها اليوم في صالح استقلالية شرط التحكيم و في صالح حق المحكمين في البت حول اختصاصهم و تدل على ذلك عدة مؤسسات تحكيمية .

و يقدم نظام محكمة التحكيم لدى الغرفة التجارية الدولية مثالا على ذلك . فالمادة 13 منه تستدرك بالنسبة للطرفين الذين خضعا لنظام الغرفة التجارية

---

(197)Cour d'arbitrage près la chambre polonaise de commerce extérieur à varsovie le 07 /05/ 1963, Clunet 1970, 2, P. 405

ويقابل عبارة ((عقد قضائيا)) باللغة الفرنسية ''Contrat judiciaire ''

(198) فاند نبرج — المرجع السابق — ص 152 .

الدولية ((. . . 4 . ان بطلان أوعدم وجود العقد لا يؤدى الى عدم اختصاص المحكم واذا حكم بصحة شرط التحكيم ، يبقى مختصاء حتى عند عدم وجود او بطلان العقد لتحديد حقوق الطرفين الترتيبية و البت حول طلباتهم))(199) .

وأما المادتين 5 و 6 من اتفاقية جنيف (200) فلا تقتصران على الاعتراف بحق المحكم بالنظر، بل تتضمان أيضا في حالة احتجاج احد الطرفين على هذا الاختصاص ضرورة أن يكون هذا الاحتجاج في بداية المنازعة . أما فيما يخص اتفاقية واشنطن فانها تخصص أيضا هذا المبدأ الذى يقضى بان تكون المحاكم الدولانية قاضيا حول اختصاصها(201) (المادة 44 منها) .

و هذا ما أخذت به أيضا لجنة الامم المتحدة للقانون التجارى الدولي حيث تنص الفقرة 2 من المادة 21 من النظام التحكيمي الذى أعدته هذه اللجنة على أن : ((. . . شرط التحكيم الذى يكون جزءا من العقد الذى يتضمن التحكيم وفقا لهذا النظام يعتبر كاتفاقية منفصلة عن بقية الشروط الموجودة في العقد . و أن ملاحظة بطلان العقد ، من طرف محكمة التحكيم لا تؤدى بقوة القانون الى بطلان شرط التحكيم . . .)) (202) .

---

(199) عن لاليف — المرجع السابق — ص 704 .
(200) هامش 18 .

(201) DELAUME : La convention pour le reglement des differents relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats - Clunet, 1966, P. 44.

ان التقرير الذى أعده مدير البنك العالمي و الذى يصحّب الاتفاقية ، يشير صراحة ان محكمة العدل الدولية ليست مختصة باعادة النظر في قرار المحكمين حول اختصاصهم .

(202) فوشار — المرجع السابق — ص 837 .

غير أنه يجب التذكير في هذا الصدد أن المسألة لا تقتصر على معرفة ما اذا كان للمحكم البت حول اختصاصه ، فهذا معترف به دوليا ، كما وضحنا ، لكن فقط معرفة ما هي حدود هذه السلطة .

بعبارة أخرى هل أن المحكم يبت موقتا أم نهائيا حول صحة اختصاصه ، هل أن قراره نهائي أو قابل للاستئناف ؟

و يبدو للوهلة الاولى ، و ذلك لاسباب بديهية ان تخلص قرار المحكم من كل مراقبة يصعب قبوله فلا نرى كيف تتخلى المحاكم الوطنية بصفة كاملة عن التحقيق فيما اذا لم يكن المحكم قد اعتبر نفسه مختصا عن خطأ ، بتجاهله مثلا بطلان ظاهر للعقد أو خرق العقد لقاعدة من قواعد النظام العام الدولي .

و ما يمكن قوله هنا أن هذه المراقبة لا تمارس أثناء الاجراءات التحكيمية بل بعدها . ان عدد كبير من التحكيمات الدولية تدور خارج دائرة القانون و خارج **هيئة المحاكم** الدولانية ، لذلك لا تستطيع المحاكم بل لا يمكنها ان تتخلى عن ممارسة حق الرقابة ولو بشكل محدود بعد تقييم المحكمين لاختصاصهم .

أما في الجزائر ، و حسب معرفتنا ، فان المسألة لم تجذب انتباه المحاكم وهذا أمر طبيعي لانه يجب المرور بمرحلة اتفاق التحكيم بعد ميلاد المنازعة .

و لقد سبق أن قلنا ان الفقرة 3 من المادة 444 من قانون الاجراءات المدنية تشترط بالنسبة لشرط التحكيم أن يكون مكتوبا و ان تعين أسماء المحكمين في الشرط والا كان باطلا . و ان ذكر أسماء المحكمين و الكتابة من سمات اتفاق التحكيم وان لم يشترط المشرع تعيين محل المنازعة فذلك يعود الى عدم معرفة الطرفان طابع المنازعة الدقيق التي يمكن ان تتولد بينهما .

غير أن القانون الجزائري لا يشترط أن يكون شرط التحكيم مندمجا في العقد الاساسي واذا قبلنا ان يكون شرط التحكيم منفصلا شكلا عن العقد فلا ندري لماذا لا يكون مستقلا عنه ماديا اذا ادمج فيه .

أضف الى ذلك أنه اذا أخذنا في الحسبان وظيفة و موضوع شرط التحكيم
الذى يهدف الى تسوية المنازعات المحتملة التي يظهرها العقد الاساسى(وبالضبط
النصوص الاخرى الموجودة في العقد المندمج فيه) ، فاننا نصل الى استنتاج الطابع
المتميز للشرط بكل وضوح رغم الارتباطات المادية البحتة التي تربطه بالعقد. فهذه
الحجة تكفى للقول أن الشرط التحكيمى يكون مستقلا عن العقد الاساسى المرتبط به.
ولا تقل الحجج التي تدعم الاستقلالية بالاضافة الى الحجة التي يمكن استخلاصها
من موضوعه الخاص بـه، هناك حجة أخرى تنتج من طابعه الاجرائى تدل على
أن شرط التحكيم لا يتبع بالضرورة مصير العقد الاساسى، في حالة بطلان هـذا
الاخيرة ولا يتبعه في نقاط أخرى كما سنرى.

و مهما يكن من أمر، فيجب التأكيد أن شرط التحكيم لا يمكن أن يبعد اختصاص
قاضى الاستعجال، فاختصاص قاضى الاستعجال يتعلق بالنظام العام (203).
والاستعجال التجارى له هذا الطابع و هي حالة الاستعجال التي تخص
السلع الواشكة على الهلاك . و القاضى المختص يوجد نفسه، في الحقيقة، داخل
دائرة الحادث وليس داخل دائرة القضاء الطبيعي للاطراف أو داخل دائرة غرفة
التحكيم التي عينها شرط التحكيم فيكون بصدد خطر وأن الطرف المهدد بالخطر يستطيع
رغم وجود شرط التحكيم ان يستنجد بقاضى الاستعجال .

يستخلص مما سبق أن شرط التحكيم لا يتأثر ببطلان العقد الاساسى
الذى يرتبط بـه .

غير أن هناك حالات يمكن فيها لشرط التحكيم أن يتأثر ببطلان العقد
الاساسي .

---

(203) جاستون جراسي ـ المرجع السابق ـ ص 40.

المطلب الثاني : الظروف الاستثنائية التي تؤدي الى بطلان شرط التحكيم

ان الكلام عن حالات معينة يمكن أن تبطل شرط التحكيم في حالة بطلان العقد الاساسي أمر سطحي . لقد قلنا أن شرط التحكيم يكون مستقلا لأسباب خارجة عن نصوص العقد وهو ((عقد داخل عقد)) وان الاسباب التي تبطل العقد الاساسي قد لا تشوب العقد الاجرائي الذي يتضمنه ، لان موضوع العقدين ووظيفتهما مختلفتين . فيهدف شرط التحكيم الى تسوية الخلافات التي يمكن ان تتولد من العقد ، بمعنى أن العقد يشكل محل الشرط وان هذا الاخير يخرج عن هذه الحلقة . فشرط التحكيم ليس مجرد نص بمثابة جزء من الاتفاقية، فهو بطبيعته عقد ثاني، يندمج فقط لأسباب عملية داخل عقد آخر، لكن وظيفته ، تكمن في تسوية الخلافات المرتبطة بالثاني . وهذه الواقعة تكفي لتسود الاستقلالية في حالة الشك ، فالأمر يتعلق باتفاقية تهدف الى تقييم اتفاقية أخرى ، واذا أردنا الكلام عن سلم ادارى تكون الاولوية لشرط التحكيم . ولذلك وجد من قال ان شرط التحكيم مستقلا دائما وان ((الظروف الاستثنائية)) التي تحفظت بها محكمة النقض ليس سوى ((مجرد حذر كلامي اتخذ للحد من المبدأ الذي قد يبدو جديدا))(204) —

غير أن نفر آخر من الفقه فكر في بعض الحالات التي يتفق فيها الطرفان على ((ترصيص)) اتفاقية التحكيم بالعقد الاساسي .(205) وفي هذه الحالة ((يتضامن)) شرط التحكيم مع العقد الاساسي .

---

(204) ف. فرانسيسكاكيس — المرجع السابق — ص 87 .

(205) H. MOTULSKY : L'autonomic juridique de la clause compromissoire OPECIT - P.349.

غير ان هم الطرفين هو البت في المنازعة المتولدة من العقد في اسرع وقت ولا نتصور أن يثقلان على التحكيم و يأملان في تجميده ، و ذلك بربط شرط التحكيم مع العقد الاساسي .

و يختلف الامر عندما تكون مجموع الاتفاقية مشوبة بعيب في الرضا ونكون هنا أمام ظرف استثنائي يهدم قرينة الاستقلالية،(206) لان شرط التحكيم يعتبر الاساس الحقيقي لاختصاص المحكم، فبعد غياب هذا الاساس كأن يحتج على صحته ، فان هذا الاحتجاج يوئثر على حق المحكم في البت حول اختصاصه و يوئدي الى ((تضامن)) الشرط مع العقد الاساسي .

و يلاحظ في هذا الصدد أن هذا الزعم يجد أساسا له في القضاء الفرنسي المتدخل قبل حكم جوسى السابق الذكر بحيث انكر حكم 6 اكتوبر 1953 على المحكمين الحق في البت حول اختصاصهم حيث صرح : ((. . . ان الدعوى رفعت من أجل الحصول على بطلان الشركة ، فان هذه المنازعة تعيد النظر في صحة شرط التحكيم المندمج في القانون الاساسي للشركة ، فيجب أن تطرح على محاكم الولاية العامة التي تعتبر لوحدها مختصة بالنظر في المنازعة))(207) و ما يمكن ان يستنتج من هذا الحكم ان المحكم لا يستطيع البت حول اختصاصه لأنه ليس متوليا بساطة البت الا اذا كان مخولا بصفة شرعية . فمنذ الوقت الذى يكون فيه شرط التحكيم مشوبا بالبطلان يصبح المحكمون أمام مسألة أولية يخضعونها لمحاكم الولاية العامة .

---

(206) MOTULSKY : OPECIT - P. 350

(207) محكمة النقض الفرنسية: قضية كورتيوند بلانشار: تعليق هانرى موتولسكى في J.C.P., 1954, II,8293 .

وفي الحقيقة اننا لا نجد لفكرة المسألة الاولية مبررا عقلانيا . فالمحكم المتولي بصفة شرعية يعتبر قاضيا، وكقاضيا له الحق والواجب في البحث عن اختصاصه، وان انكار قدرته في البت ب ((صحة مؤسسته)) باعتبار ان بطلان وسيلة التولية لا يكسبه صفة القاضي، يشكل مصادرة على المطلوب لان الحل ليس صحيحا الا اذا ظهر البطلان، وفي الفرضية المعاكسة سوف تكون قد حرمنا بصفة غير مشروعة المحكم من حقه في البت فيما لا يمكن ان تكون مسألة اختصاص، وهذا السند يكفي لاخطار الغلط الجوهري الذى الهم فكرة المسألة الاولية . ولا يثبت غياب هذه القدرة الا اذا كانت النقطة المتنازع فيها قد تم الفصل فيها بطريقة معينة أى الحكم ببطلان شرط التحكيم . غير أن ميزة المسألة الاولية تتضمن حرمان السلطة المطروح أمامها النزاع التطرق الى المشكل مهما كان وبالتالي من الحل الذى يعطى لهذه المنازعة . (208)

ومهما يكن من أمر فانه يمكن القول أن بعض أسباب البطلان كنقص الأهلية مثلا أو عيب في الرضا يمكن أن يوثر على صحة العقد الاساسي وعلى صحة اتفاقية التحكيم، غير أن هذه المسألة لا تغير من شيء في استقلالية الشرط عن العقد الاساسي (209) .

غير أن محكمة النقض الفرنسية قد جاءت بمساهمة هامة في اختصاص المحكم بالنظر في اختصاصه ولو كانت اتفاقية التحكيم محل نظر وذلك في قضية هشت (210)

---

(208) H.MOTULSKY : Menace sur l'arbitrage . La pretendue incompétence des arbitres en cas de contestation sur l'existence ou la validité d'une clause compromissoire-- OPECIT - P. 198.

(209) جولد مان، المرجع السابق، ص 331 .

(210) هامش 195 .

وتتلخص هذه القضية في أن السيد " هشت " ، ذو جنسية فرنسية ، يقطن بباريس تم توظيفه من قبل الشركة النيرلاندية بويسمانس التي أعطته وكالة استئثارية لبيع باسمها ولحسابها بعض المواد الغذائية في اطار مرسوم 23 ديسمبر 1958 . وحصل نزاع بين الطرفين، فرفع السيد هشت ، متجاهلا شرط التحكيم المندمج في العقد والمتضمن التحكيم لدى الغرفة التجارية الدولية بباريس ، دعوى أمام المحاكم القضائية . فاعترضت الشركة بويسمانس بعدم اختصاص هذه المحاكم، فأحتج هشت ببطلان شرط التحكيم لأنه ، في القانون الفرنسي ، لا يعتبر صحيحا الا بين التجار، وأما هشت ، وكيل تجاري، فليس له صفة التاجر .

ويلاحظ في هذه القضية أن شرط التحكيم هو المحتج عليه . وطرح المشكل على محكمة النقض بتاريخ 4 يوليو 1972 فأيدت محكمة باريس التي قالت بعد أن لاحظت أن القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق : ((... في ميدان التحكيم الدولي ، يعتبر شرط التحكيم سواء أبرم منفصلا أو ادمج في التصرف القانوني الذي يرتبط به ، بالنسبة لهذا الاخير، مستقلا استقلالية كاملة)) .

ويلاحظ في هذه القضية ان شرط التحكيم يبقى مستقلا ولو كان الاحتجاج بالبطلان موجها ضده .

ومهما يكن فان هناك أسباب يحل بمقتضاها عيب في العقد الاساسي وفي شرط التحكيم كما هو الحال لعيب في الرضا أو نقض الاهلية أو عدمها أو عدم وجود السلطة الكافية لابرام شرط التحكيم . ويلاحظ البعض[211] في هذه الفرضيات أن

---

(211) J.D. BREDIN : Note sous cassation du 7.05.1963 Clunet 1964, P. 88

استقلال شرط التحكيم لا يتأثر نظريا ما دام أن بطلان شرط التحكيم ينتج لا من بطلان العقد الاساسى ، وانما من أسباب البطلان الخاصة به التي تؤدى الى ((فسخ مستقل)) فلا يوجد أبدا بطلانا مشتركا بل بطلانين متقاربين .

غير أن بالرغم من دقة هذه الملاحظة ، فانه يبقى في الواقع أن عدم صحة العقد الاساسى تؤثر بالضرورة ، ولو بصفة غير مباشرة على صحة شرط التحكيم ، بمعنى أن الشرط يفقد كل معناه عند غياب العقد . فمن الممكن مثلا (وان الفرضية ليست نادرة في ميدان التحكيم الدولي خاصة) ان العقد الاساسى ما كان أن يتم بدون شرط التحكيم . فالاخطار لمثل هذه العملية التجارية الدولية معادلة ، نوعا ما ، في فكر الطرفين بضمان حل ملائم لخلاف محتمل (212) .

والحقيقة أن كون شرط التحكيم شرطا لازما لابرام العقد لا يغير من استقلاليته عنه . لان بطلان شرط التحكيم ، ولو يؤثر على سريان التحكيم من الناحية العملية ، فان ذلك لا يبعد اختصاص المحكم . ويبدو لنا من الناحية المنطقية أن المحكمة الوحيدة المختصة ، هي المحكمة التحكيمية . فيكون الاحتجاج على شرط التحكيم أو على العقد الاساسى أمام المحكمة التحكيمية ، فتنظر هذه الاخيرة في صحة شرط التحكيم وان لاحظت بطلانه تقف عند هذا الحد ولا تواصل الاجراءات التحكيمية لكن حتى وان واصلت الاجراءات التحكيمية رغم بطلان الشرط فانها تتعرض لمراقبة المحاكم الدولانية . التي قد ترفض تنفيذ القرار التحكيمي الصادر انطلاقا من شرط

---

(212) أنظر المبحث الثاني من الفصل التمهيدى المتعلق بشرط التحكيم .

باطـــل[213] . لكن هذا شـيء آخر لا يدخل ضمن هذه الدراسة .

ان مبدأ الاستقلالية لا ينتهـي عند هذا الحد، بل يتعداه ليقبل خضوع شرط التحكيم لقـــانون آخر غير القـــانون الواجب التطبيـق على العقد .

(213) أنظر المادة 458 من قانون الاجراءات المدنية التي تقضي : يجوز المعارضة في طلب التحكيم: ((. . . 1اذا كان الحكم قد صدر بدون اتفاق تحكيم او خارجا عن نطاق التحكيم . 2اذا كان قد صدر عن تحكيم باطل او بعد انقضاء ميعاد التحكيم ...)) ويعتقد ان كلتا الحالتين متشابهتين .

المبحث الثاني : امكانية خضوع شرط التحكيم لقانون آخر غير القانون الواجب التطبيق على العقد الاساسي

ان مبدأ استقلالية شرط التحكيم ، كما قلنا ، يؤدي الى امكانية خضوعه لقانون آخر غير القانون الواجب التطبيق على العقد . و هذه النتيجة في الحقيقة تعتبر وجها اخرا لاستقلالية شرط التحكيم . و هذه المسألة تتعلق مباشرة بالقانون الدولي الخاص و انتقلت الى ميدان التحكيم . فالمسألة تكمن اذن حول معرفة ما اذا كان شرط التحكيم يخضع بالضرورة للقانون الواجب التطبيق على العقد أم لا ؟

ان الاجابة لا تكون حسب رأينا الا سلبية . فخصوصية شرط التحكيم تعكس أيضا استقلالية اسناده ، أو بصفة أدق امكانية هذا الاستقلال .

غير أن بعض الفقهاء انكروا هذه الاستقلالية ، و اعتبروا هذه التجزئة غير ملائمة من الناحية المبدئية (أي تجزئة مختلف شروط العقد الواحد) . فالقانون الذي يسري على العقد الاساسي يجب ، حسب رأيهم ، أن يسري بالضرورة على شرط التحكيم الذي يتضمنه (214) .

و الواقع أن نظام الاسناد الجزئي يثير اعتراضات في القانون الدولي الخاص للعقد خاصة وأن الاتجاه الحديث يحبذ وحدة القانون الذي يسري على العقد ، بغض النظر ، بطبيعة الحال ، عن ((الانقطاعات)) اللازمة و المتعلقة بالاهلية والشكل (215) .

لكن هل يمكن و هل يجب قبول التجزئة ، ولو كانت جزئية ، بمعنى تطبيق القوانين المختلفة على العناصر المختلفة للتحكيم؟

---

(214) باتيفول ولاجارد ــ المرجع السابق ــ رقم 595 ص 274 .

(215) لاليف المرجع السابق ــ ص 611 .

نعرف ، في القانون الدولي للالتزامات ، التجارب التي قام بها القضاء

و العيوب التي تؤدى اليها تجزئة العقد (217) ، و بالتالى أصبح الاتجاه في عدة

دول هو العودة الى وحدة القانون الواجب التطبيق ، فيما يخص تكوين العقد واثارة

على الاقل . (218)

ان وحدة ارادة الطرفين تبدو معاضرة لذلك (أى للتجزئة والاستقلالية)

واكثر من ذلك تؤدى فكرة السبب الخاص المعروفة في القانون الفرنسي ، التي يصبح

بمقتضاها سبب الالتزام أحد الاطراف هو سبب التزام الطرف الاخر ، معنى ذلك

أنه لا يمكن أن يبقى أحد الاطراف بدون سبب بحيث ان حياة العقد مشروطة

بوجود مشترك لكل نصوصه (219) .

و الواقع ان مختلف التصرفات التي تشكل التحكيم لا يمكن ان تنفصل ، لان كل

واحد منها يعد تنفيذا للآخر الذى سبقه . و لذلك تخضع مختلف التصرفات

التحكيمية بالضرورة لقانون وحيد . غير أن اساس هذه المجموعة المعقدة هو بداهة

اتفاقية التحكيم التي يجب الرجوع اليها دائما . و ما دام قد اعترفنا بضرورة القانون

الوحيد ، فيجب اعتبار ان القانون السارى على اتفاقية التحكيم يسرى أيضا على كل

التحكيم (بمعنى العقد الاساسى) (219) .

---

(216) نقض مدنى فرنسي بتاريخ 5 ديسمبر 1910 ، سيراى 1911 ، 1 ، ص 1129 .

(217) هذا المبدأ خصصته المادة 18 من القانون المدنى الجزائرى التي تخضع ((الالتزامات التعاقدية)) الى نفس القانون بدون تمييز بينها وبين مصدرها واثارها .

(218) روبرت ـ المرجع السابق ـ ص 362 .

(219) فريد ريك ادوارد كلاين ـ المرجع السابق ـ ص 178 .

لكن مهما كانت الفكرة القائلة بالاسناد الوحيد لمجموع التحكيم الدولي مغرية ، فانها ليست قابلة للتحقيق ، نظرا لطبيعة الاشياء نفسها فلا نستغرب عند وجود الصعوبات عند ما يتعلق الأمر بتعريف الطبيعة القانونية للتحكيم ، أو اذا أردنا تكييفه في اطار اختيار القانون الواجب التطبيق(220) ، فانه من الحتمي أن يكون الحصر اكثر صعوبة من حصر العقود ، بحيث أن التحكيم يتضمن اكثر من التصرفات والعناصر الذهنية التي يصعب حصرها من أغلبية العقود .

بالاضافة الى ذلك ، فانه يصعب قبول نقل المبادىء العامة للقانون الدولي الخاص للعقود الى ميدان التحكيم وشرط التحكيم - ويبدو صعبا هنا الاعتراض على قوة الحجج التي تناضل ، على الاقل في هذه الحالة ، لصالح" الاسناد الجزئي" فعرف بصدد بطلان العقد الاساسي ، الاسباب التي عملت لصالح الفصل والاستقلالية(221) ، فكيف ننكر بالاضافة الى ذلك ، خاصة وان شرط التحكيم له وظيفة أخرى اقتصادية وقانونية غير التي للعقد الاساسي ؟

ان البرهان النظري قد اعطى من السيد " كلاين " بصفة مقنعة في تقريره للمؤتمر الدولي للتحكيم لسنة 1961 فيمكن أن يستخلص كما يلي : ((في حالة الخلاف يفصل المحكمون حسب قانون معين " لكن هذا القانون ذو الدور المصيري الحاسم،

---

(220) لقد اثارت الطبيعة القانونية للتحكيم الى اختلافات كبيرة وهناك من يقول بأن هذه الطبيعة قضائية، وهناك من يقول بأن هذه الطبيعة الثانية، وهناك من يقول بان هذه الطبيعة مختلطة وهناك من يقول ان هذه الطبيعة مستقلة . انظر لا دوري بلاياري - المرجع السابق - ص295 - 303، لاليف - المرجع السابق - ص583 - 586. جاستون جراش - المرجع السابق - ص 80 - 83 . مارل كارابيه - المرجع السابق - ص29 - 35، درمين وهورسمانس - المرجع السابق - ص 216 - 218 .

(221) أنظر المبحث الاول من هذا الفصل .

ما دام أن طريق المنازعة مرتبط بـه ، فلا يستطيع المحكمون ايجاده الا بالرجوع الى قواعد التنازع للدولة التي يسرى قانونها على التحكيم ، مما ينتج فصل بديهي و ضروري بين هذا الأخير و القانون الواجب التطبيق على موضوع المنازعة ، بمعنى على العقد الاساسى))(222) .

يمكن اضافة اعتبار آخر يعزز هذه النتيجة . فالشرط التحكيمى لا يغير من وظيفته ولا من طبيعته ، كما أشرنا الى ذلك، سواء أدمج ماديا في عقد له موضوع آخر، أو تلبس بشكل وثيقة منفصلة، فلا ندرى لماذا يجب منع الطرفين من اختيار قانون مختلف لهذا الشرط لانه مرتبط ماديا بالعقد الاساسى بل من كونه تصرفا مستقلا؟

لذلك يبدو لنا أن الاستقلال يرتكز على مستوى أعمق، ذى طابع وظيفي وناتج بصفة خاصة من الارادة الخاصة التي اظهرها الطرفان عندما أدمجا في العقد اتفاقية التحكيم — وعندما يجب أن يبث في نصوص العقد تصبح ((اتفاقية التحكيم نوعا من الغير))(223) بالنسبة للنصوص الاخرى و تشكل بالتالى وسيلة لاختيار و تقييم العقد ، فتفقد معناها كاتفاقية تحكيم اذا لم تعارض العقد بالوظيفة نفسها التي تقوم بها، و التي تبقى مرتبطة به . وعندما نقيم هذا الوجه وان نرتبط مرة أخرى بفكرة السببية ، فسوف نلاحظ أن اتفاقية التحكيم لها سبب متميز عن أسباب الخدمات الاخرى للعقد — ففي عقد البيع فان النص على الثمن هو سبب تسليم المبيع والعكس صحيح ، لكن ادخال شرط التحكيم في نفس العقد يكون بصفة مستقلة ، فالسبب داخلى لهذا النص نفسه (أى لشرط التحكيم) و ينتج من تعهد

---

(222) Klein; rapport au congrés international de l'arbitrage Paris, 1961."de caractère autonome et procedural de clause compromissoire", cité par LALIVE - OPECIT - P. 595.

(223) روبرت — المرجع السابق — ص 363 .

الطرفين بالاتفاق على ابعاد اختصاص محاكم الدولة و اخضاع المنازعة لحكـــم المحكمين (224) .

و يبدو لنا بالتالي ، أن وجود سبب متميز و منفصل للاتفاقية التحكيمية عن أسباب النصوص الاخرى المبينة في العقد ، يؤدي الى امكانية تطبيق قانون آخـــر عليها غير القانون الواجب التطبيق على بقية نصوص العقد الاساسي .

و هذا الاتجاه أخذت به المادة 65 من اللائحة التي اتخذها معهـــد القانون الدولي في دورة امستردام (225) ، كما أخذت به أيضا بعـض القرارات التحكيميـة الدولية (226) .

و يلاحظ في النهاية ، أن في ميدان التحكيم الدولي ، مهما كان الموقـف الذى تتخذه في ميدان القانون الدولى الخاص للعقود ، فانه ليس ضروريا ، ان يكـون (227) للقانون الذى أختاره الطرفان " علاقـة معقولة " مع السبب ، بل يمكن القول ان غياب هذه الرابطـة تشكل بالضبط ، في ميدان التحكيم ، علاقة معقولة ، بمعنى أن الاهتمام بالمحافظة على توازن حقوق و التزامات الطرفين يكفى لتبرير اختيار قانون دولـة ليست لها رابطة مع المنازعة ، كقانون يسرى على الاجراءات التحكيميـة . و يـؤيـد **القضاء** الفرنسي هذا الاتجاه ولا يتطلب من القانون أن يكون له علاقـة معقولة مـع المنازعـة (228) .

---

(224) روبرت — المرجع السابق — ص 363 .

(225) Annuaire de l'institut de droit international. 1957, 47, II, P. 482

(226) أنظر قضية ارامكو — المرجع السابق — ص 305 و 306 . حيث طبقت القانون الدولي على مؤسسة التحكيم لان احد الطرفين دولة و طبقت القانون السعودى على العقد لان احد الطرفين ليس دولة .

(227) M.ISSAD : Le droit international Privé, tome I O.P.U. 1980 P. 300

(228) Cour Cass. 19.12.1978, Ste Europe Carton Aktiengeseleschapt C/CIFAL - Clunet, 1978, 2, P. 368 et SS note H. Gandement Tallon.

وفي هذا الصدد يجب ان نلاحظ ان هذا الاختيار مقيد بقيد عام ضمني ،

حيث يجب أن يتعلق الامر بتحكيم دولي على ضوء ما بيناه في الفصل التمهيدي ، فلا نتصور مثلا ان يحتج مواطني بلد واحد في قضية داخلية بحتة ، لا تتعلق الا بالاقتصاد الوطني وتنفذ كلية في ذات البلد ، فلا نتصور أن يحتج هذين الطرفين بنظام اكثر ليبيرالية ، مستندين على كون انهما أبرما العقد في الخارج ، فهذه افرضيات لا تستحق الوقوف عندها .

وخلاصة القول أنه اذا كان في كل الاحوال خضوع الاتفاقيتين : شرط التحكيم والعقد الاساسي الى قوانين مختلفة يسمح بتمييزهما الممكن ، فلا يجب اعتبار هذا الرجوع الى القوانين المختلفة هو الذي يخلق هذه الاستقلالية ، لانه يمكن أن تكون نفس الاتفاقية التحكيمية مرتبطة بقوانين مختلفة حسبما اذا كان الامر يتعلق بالسبب ، أهلية الطرفين ، أو شكل الاتفاقيات التحكيمية ، فليس الارتباط التشريعي هو الذي يميز التصرف القانوني .

الفصل الثاني : اثـــار شـــرط التحكـــيم

ان العقد الدولي أى العقد المتضمن لاجراءات تحكيمية دولية ينتج اثارا خطيرة على المستوى الدولي . فالدولة أو المؤسسة العامة التابعة لها التي أبرمت عقدا يتضمن شرط التحكيم تعتبر أنها قد تخلت مسبقا عن حصانتها القضائية و التنفيذية (المبحث الاول)

و الحقيقة أن شرط التحكيم غالبا ما يتضمن الى جانب اختصاص المحاكم التحكيمية الدولية تطبيقا لقانون أجنبي (المبحث الثاني) .

المبحث الاول : التنازل عن الحصانة القضائية و الحصانة التنفيذية .

منذ وقت طويل اخذت اعتبارات مبدأ ((المجاملة بين الدول)) واحترام استقلال سيادة الدول الاجنبية لمنع المحاكم من النظر في المنازعات التي تقاضى فيها الدولة كمدعى عليها الا اذا رضيت بذلك و خضعت بكل حرية لاختصاص المحاكم الدولانية (229) .

و لقد حاول بعض الكتاب في القانون الدولي العام اعطاء أساس قانوني متين لهذا المبدأ مرتكزين على مبدأ الاستقلال لمختلف الدول فيما بينها : ((تقع كل دولة على نفس قدم المساواة الذى تقع فيه الدول الاخرى ، فلا تستطيع دولة ما مراقبة نشاطات الدول الاخرى ولا ان توجه لها أمرا اثناء تأدية نشاطها . فلا يمكن التصور اذن ان تقوم هيئات دولة ما ، خاصة الهيئات القضائية منها ، أن تأمر أو ان تمنع هذه الدول الاجنبية من ممارسة نشاطها)) (230) .

---

(229) B.TRACHENBERG:"L'immunité judiciaire de l'Etat et les representations commerciales de l'URSS à l'étranger. R.C.D.I.P. 1931, P. 758.

(230) Ch. Freyria : les limites de juridiction et d'execution des Etats étrangers. R.C.D.I.P. - 1951, P. 208.

و الحقيقة ان الحصانة القضائية المذكورة تنتـج من متطلبات اللياقـــة
الدبلوماسية، فيجب للحفاظ على علاقات دبلوماسية حسنة مع الدول الاجنبية عدم
مقاضاتهـا أمام المحاكم الوطنية التي يمكنها في قراراتها، ان تأتي بنقد خطير
على نشاطها . فالحذر الدبلوماسي يقتضي اذن عدم الاختصاص الكامل للمحاكم
الوطنية ازاء الدولة الاجنبية . فهل هذا المبدأ يسرى على الاجراءات التحكيمية
(المطلب الاول)

والواقع أن الحذر الدبلوماسي المذكور يتضاعف باعتبار آخر مقتضاه اللياقة
في ممارسة طرق التنفيذ، انه غير لائق الحجز على أموال أو ديون الدولة الاجنبية
لدى الغير، الرمي في الطريق لأرشيفات قنصلية لتنفيذ حكم الطرد ضد القنصل
يمكن أن ينتج صعوبات خطيرة جدا من الناحية الدبلوماسية مع الدولة .
فأحسن وسيلة لاتقاء كل صعوبة هي حماية الدول الاجنبية من كل دعوى
قضائية مهما كانت طبيعتها، وضد أي طريق تنفيذ موجه ضدها (المطلب الثاني) .

المطلب الاول : حصانة الدول القضائية و شرط التحكيم .

يجب الاشارة في البداية أنه منذ أن انتقلت الدولة من نشاطها السياسي
الى ميدان آخر هو النشاط التجارى بحيث اصبحت تشترى وتبيع كفرد عادى
تزعزع مبدأ الحصانة القضائية الذى يضمنه القانون الدولي .
و الحقيقة ان مثل هذه الحصانة تسمح للدول الاجنبية ان تكتسب حقوقا
و ان تحتج بها ضد الأفراد العاديين المتعاقدين معها، بل و تسمح لها ظلما
الا توفى بالتزاماتها ولذلك أصبح هذا المبدأ منتقدا.(231)

---

(231) فريريه ــ المرجع السابق ــ ص 211 .

غير أن مبادئ الاستقلال ، الاحترام المتبادل للسيادات و المساواة بين الدول التي تشكل الاسس التقليدية للحصانة القضائية للدول الاجنبية تبدو للوهلة الاولى مستبعدة لهذا الامتياز في اطار الاجراءات التحكيمية . و بالفعل لو بدا اليوم مقبولا ان يتولى المحكمون بمهمة قضائية حقيقية فهم لا يعتبرون مع ذلك قضاة خواص، فخضوع الدولة الاجنبية لسلطتهم لا يؤدى اذن بطبيعة الحال الى التخلى عن سيادتها . فهذا التخلى لا ينتج بطبيعة الحال الا من تدخل القضاة التي آلت اليهم السلطة الدولانية ، الوحيدة القابلة للتأثير على استقلال الدولة الاجنبية التي تخضع لها .

و هناك سبب أعمق يبين أن الحصانة القضائية ليس لها مكانة في ميدان التحكيم عند ما تثار امام المحكمين أنفسهم . لقد قيل ((ان المحكم لا يرد العدالة باسم الدولة ، لكن ينفذ مهمة أعطاها اياه الطرفان و هذا السند يكفى لتبرير بان المحكم ليس مضطرا على تطبيق نظام التنازع القوانين الدولانى))(232) و ما دام ان الحال كذلك فليس المحكم ممثلا ولا هيئة لدولة ما ، فلا يستخرج سلطته الا من اتفاق الطرفين، ولا يدخل، اذن، كما يفصل القاضى الدولانى ، مسؤولية الدولة ازاء دولة أخرى ، بمعنى أن الدولة الاجنبية عند ما تقاضى أمام المحكمة التحكيمية فلا تخشى المساس بسيادتها فهي لا تثار أثناء الاجراءات التحكيمية بل و تغيب حتى فكرتي الاستقلال و المساواة التي تبرر اثارة الحصانة القضائية .(233)

---

(232) Y. DERAINS : Sentence interimaire rendue dans l'affaire n°2321 en 1974. Clunet 1975, P. 944.

(233) P. BOUREL :"Arbitrage international et immunités des Etats étrangers". A propos d'une jurisprudence recente. Rev. Arb. 1982,2, P.124.

وفي هذا الاطار تطرح مسألة التخلي عن الحصانة القضائية على المحكمين . فالدولة لا تستطيع التخلي عن حق أو صلاحية لا تستطيع اثارتها . ولا يكون خلاف ذلك الا اذا فقد التحكيم طابعه الدولي ليندمج في نظام قضائي وطني . وفي هذه الحالة تطرح مسألة الحصانة القضائية اذن بنفس الطريقة التي تطرح بها أمام القضاة الدولانيين، فيجب الافتراض أنه عند الانخراط في اتفاقية تحكيمية قبلت هذه الدولة اختصاص المحكم وتخلت من ثم ضمنيا على اثارة امتياز الحصانة أمامه وبالتالي فانه مسلم به ان مفهومي الحصانة القضائية و التحكيم منفصلان ويبدو ان الفقه لم يشك ابدا في ذلك، (234) فهو على العكس مرتبك و منقسم بالنسبة لامكانية الدولة الاجنبية التي امضت شرط التحكيم الاحتجاج بالحصانة أمام المحاكم الدولانية (235).

ان طبيعة التحكيم التي تخضع له الدولة الاجنبية تشكل عنصرا أولا قابلا لاستبعاد فكرة الحصانة القضائية . وفي هذا المعنى يمكن اثارة الاتجاه المناصر لاستبعاد الحصانة في ميدان، الاعمال التجارية (236) و من ثم تطرح مسألة معرفة ما اذا لم يستطع شرط التحكيم ان يشكل تخليا ضمنيا عن الحصانة القضائية .

---

(234) P.FOUCHARD : L'arbitrage Commercial international -Paris 1965, N° 162 - P. 91.
F.EISEMAN. La situation actuelle de l'arbitrage commercial international entre Etats ou entités étatiques et personnes physiques ou morales de droit Privé. Rev. Arb., 1975 P. 296.

(235) Ch. CARABIBER: Le concept des immunités de juridiction doit il être révisé et dans quel sens ? Clunet 1952, P. 444 et SS.
J.ZOUREK: Quelques observations sur les difficultés rencontrées lors du réglement judiciaire nées du commerce entre les pays à structures économique et sociales différentes. Clunet 1959, P. 640

(236) لقد حكم القضاء الفرنسي منذ 1936 بان التمثيل التجاري للسوفيت " لا يرتبط باعمال السيادة للدولة الروسية ، لكن ينشق من الاعمال التجارية ، وان الامر لا يتعلق باعمال سياسية ، لكن بعمليات تجارية ضيقة تستطيع المحاكم ان تقيمها بدون ان تتدخل في شؤون الادارة الروسية " . انظر قضية الاتحاد السوفيتي ضد / شاليابين —

و الحقيقة أن التدخل الدائم للدولة في الحياة الاقتصادية قد أعـــاد تنظيم و تهيئة الحصانة القضائية . لكن كانت الصعوبة يكمن في ايجاد معيـــار لتصرفات الدولة الاجنبية المحمية أو غير المحمية من الحصانة •

و أول معيار اقترح نـاتج من التمييز بين تصرفات القوة العامة والقوة الخاصة . ففي النوع الاول من التصرفات تتصرف الدولة كشخص عام ، مزود بالسلطة السياسية ، فعدم الاختصاص اذن صارم ، أما اذا تصرفـت الدولة كشخص خاص ، فان نشاطها يصبح مدينـا و قابلا للتقاضى أمام المحاكم (237) و انتقد هذا المعيـــار لصعوبة التمييز بل لعدم صحة التمييز بين الشخص المعنوى الذى يتصرف كشخص عام تارة و كشخص خاص تارة أخرى (238) .

و أمام عدم نجاح هذا المعيار اقترح التمييز ليس بين شكلين لشخصية الدولة بل بين نوعين من نشاطها ، فاذا تصرفت الدولة كصاحبة سيادة فلها الحق فـي الامر الذى يعتبر مظهرا لسيادتها . فتوضع اذن على قدم أعلى بالنسبة للفــرد و سيادتها تسمح لها بالمطالبة بفائدة الامتياز و هي الحصانة القضائية . و فــي حالات اخرى تتصرف الدولة في علاقاتها مع الافراد كمواطنن عادى ، فتقبل التعاقد معهم و تتخلى اذن عن سيادتها لتقبل ان تتعاقد على قدم المساواة : فالتصــرف خال من أية سيادة . فالدولة تقبل نتيجة لهذه الواقعة اختصاص المحاكم الداخليـة للفرد الاجنبي الذى تتعاقد معه (239) .

= Voir la loi anglaise du 20/07/1978 in R.C.D.I.P. 1956, P. 156.

(237) Weiss: traite thérique et pratique de droit international Privé, 2 ed, Tome 5 P. 207.

(238) G. DELAPRADELLE : La saisie des fonds russes à Berlin. R.C.D.I.P. 1910 P 787.

(239) لابراديل — المرجع السابق — ص 784 .

لقد انتقد هذا المعيار أيضا لكونه لا يدرس سوى جزءا من المشكل فكيف يمكن ان نقرر بالنسبة للمصادر الغير عقدية للالتزامات ؟ فالدولة التي تتسبب في احداث ضرر للفرد هل تقوم بذلك كقوة عامة أم تتصرف كشخص خاص[240] ثم انه يصعب التمييز لنشاط الدولة الاجنبية للاحاطة بسيادتها في بعض التصرفات[241].

و بالفعل يجب الاعتراف ان التفرقة بين تصرفات القوة العامة و التصرفات التجارية أو التسيير الخاص، سهلة في اصدارها اكثر منها في تطبيقها - أين تبدأ و أين ينتهي تصرف الدولة المتمتعة بالقوة العامة و المستعملة لها من أجل اشباع صالح المجموعة الوطنية ؟ ففي هذه المجموعة الكبيرة للمرافق العامة التي اصبحت الدولة الحديثة تتميز بها يوجد منها ما يشبه النشاطات الخاصة اما لتخصصية واما التقنية، بينما أخرى تتجاوب مع أوجه السياسة العامة ، وغير منفصلة عن فكرة السلطة التي ترتبط بها كل المظاهر التشريعية ، التنفيذية أو الادارة الثانوية .

و من جهة أخرى فالغاية التي تتبعها الدولة يمكن أن تظهر كتصرف لسلطة ذات سيادة بينما التصرف يمكن أن يأخذ الشكل العادى المعقد كشراء العتاد العسكرى مثلا .

و امام عدم اطمئنان الفقه اتخذ القضاء موقفا جزئيا حدد الاختصاص في فرضيات معينة لكن لا يمكن استخراج أى معيار من القضاء .

فالقضاء الانجليزى المجلس الاعلى للاميرالية على الاقل، قبل منذ 1873 ان تمثل الدولة الاجنبية المستغلة للسفن أمامه لانها تمارس التجارة كأى فرد عادى .[242]

---

(240) Niboyet : traité de droit international français, tome V Vol 1, N° 1759 et SS .

(241) كرابييه - المرجع السابق - ص 450 .

(242) كان ذلك بمناسبة هجوم بين سفينة هولندية وسفينة مصرية في المياه الانجليزية لابراديل - المرجع السابق - ص 784 هامش 3 . و يقابل عبارة ((اللاميرالية)) باللغة الفرنسية " Amirauté "

أما في بلجيكا و قبل و جود المحاكم الادارية فقد كان جزءا من المنازعات الادارية لا تخضع لمراقبة القضاء العادى و تسمى ((أعمال السيادة)) و جزءا آخرا يسمى أعمال التسيير و هو من اختصاص المحاكم العادية (244) . و ما دام ان المحاكم البلجيكية متعودة بهذا التميز الكلاسيكى لدور الدولة البلجيكية ، فلم تتأخر لتطبيق نفس المبادىء لتحديد اختصاصهاء على المستوى الدولي ، هذه المرة و ازاء دول أجنبية (245) .

و هكذا تكون المحاكم البلجيكية غير مختصة في كل مرة تكون فيها سيادة الدولة معنية ، و تكون مختصة عند ما يكون نشاطها مشابه مع نشاط الافراد العاديين. فتميز اذن اعمال السيادة عن اعمال التسيير .

أما القضاء الايطالي فقد اتخذ نفس الاتجاه بحيث كان يميز هو الاخر بين المهمة العامة و السياسية للحكومة ، و الوظيفة الخاصة التي تقوم بها الدولة مثل التصرفات التي يقوم بها مواطنوها . و لاول مرة ظهر في القضاء التمييز بين الدولة التي تتصرف بموجب حق السيادة و بين الدولة التي تتصرف بموجب حق الادارة . و بالنسبة لهذه التصرفات الاخيرة فليس هناك صعوبة في اخضاعها للقضاء الوطني (246) .

و قد ساد في القضاء الفرنسي نفس الحل . فنعرف بالفعل بصدد الاعمال التجارية التي أبرمت غداة الحرب العالمية الاولى بواسطة التمثيل التجارى للسوفيت

---

(244) V. DEBEYRE : La responsabilité de la puissance publique en France et en Belgique. thèse lille 1936 - P.35 et SS.

(245) Cass. belge du 11/06/1903 - Clunet 1904, P. 417.

(246) Cass. Rome du 12/10/1893 - Clunet 1899, P. 1073.

طرح القضاء لاول مرة قاعدة الحصانة النسبية ، و منذ ذلك الحين أكدت محكمة النقض الفرنسية في عدة مناسبات هذا القضاء و رفضت الحصانة للدول الاجنبية بسبب الطبيعة التجارية للعملية التي كانت فيها طرفا (247) .

ففي هذه الظروف ألا يمكن ان نقبل ان النص على شرط التحكيم يشكل اشارة هامة عن طبيعة النشاط المتنازع فيه ؟ ان الطابع التجارى للتحكيم يفترض تجارية العقد محل التحكيم، فيجب اعتبار هذا العقد كعمل تسيير و يتخلص من ثم من الحصانة القضائية (248) . و تتردد مع ذلك في قبول مثل هذه النظرة. فاذا كان، من جهة ، ادخال شرط التحكيم في عقد ما يعكس استعمال شكلية معينة ، فانه لا يدل مع ذلك على غاية العملية المتنازع فيها و من ثم لا يمكن ان يكشف على ان التصرف الخاضع للتحكيم هو بالضرورة تصرفا تسييريا .

و من جهة أخرى فان قبول شرط التحكيم من قبل دولة أجنبية ليس خاليا من كل معنى، لكن لا يستطيع لوحده اثبات الطابع الخاص للعقد . وقد يكون التحكيم من دون شك اسلوبا كثير الاستعمال لتسوية المنازعات في ميدان العلاقات الاقتصادية الدولية . غير أن الطبيعة التجارية لهذه العلاقات لا ترتبط فقط بوجود شرط التحكيم . فالشرط ليس له معنى عاما فهو ليس الا شرطا من شروط العقد المبرم بين دولة وفردا و فقط تركيبه مع نصوص أخرى يسمح بتكييف العقد كتصرف تسييرى (249) .

---

(247) هامش 23 .

(248) SILLEVIS Smitt cité par Bourel OPECIT P. 127

(249) P. Kahn : Trib de grande instance. Paris 29/11/72. Aff.Corporation del Cobre C/Ste BRADEN Copper Corporation et Ste le groupement d'importation des métaux. Clunet 1973 - P. 233.

و مهما يكن فان معيار التفرقة بين تصرفات القوة العامة و التصرفات التجارية او التسيير الخاص يجب الاعتراف بأنه أسهل في اصداره اكثر منه في تطبيقه (250).

غير ان التناقض المذكور يعد ظاهريا اكثر منه حقيقيا، لان النظرة الفقهية المشار اليها (251) التي تمنح لشرط التحكيم أثر التخلي، لا تقصد بدون شك اتباع هذا الاثر في حالة الاجراءات القضائية لكن تقصره على الفرضية التي تثار فيها الحصانة أمام المحكمين أنفسهم . لكن حول هذه النقطة يعتبر مقبولا تقريبا بالاجماع ان ابرام الدولة لشرط التحكيم يعد قبولا لاختصاص محكمة التحكيم و من ثم تخليا عن اثارة الحصانة القضائية امام هذه المحكمة .

و على العكس لا يمكن تفسير مثل هذا الشرط الذى يتعلق، كقاعدة عامة، بالمنازعة المطروحة أمام المحكم على اساس أنه يؤدى بالضرورة الى التخلي عن الحصانة القضائية، بمناسبة خلاف مطروح، امام محكمة عادية ولو ارتبط بالتحكيم فان التخلي عن الحصانة عادة يجب الا يمتد خارج هذا الاجراء التحكيمي، لوضعيات لم تخلط صراحة من الطرفين في اتفاقهما .

و ما دام الشرط ليس الا مجرد نص تعاقدى، فانه لا يمكن ان ينتج اثرا غير ذلك الذى أراده الطرفان في اتفاقهما لكن، شكليا، لهذا الاتفاق استبعاد تدخل المحاكم العادية، و منح المنازعة لمعرفة المحكم، و حيث انه يعبر عن ارادة الدولة العضوة فيه، فانه يأذن فقط بافتراض ان هذه الدولة قد قبلت الخضوع للقضاء التحكيمي و في نفس الوقت التخلي عن الاثارة أمامه لفائدة الحصانة .

---

(250) هامش 242 .
(251) هامش 234

ان مد هذا التخلى الى الفرضية التي، لاى سببكان، تتدخل محكمة دولانية فيها لمعرفة المنازعة، محل الاتفاقية التحكيمية، يوءدى الى وجوب اقامة، بصفة واضحة، ارادة الدولة في هذا المعنى . وبالتأكيد فان مثل هذه الارادة توجد اذا أخذت هذه الدولة، رغم الاتفاق التحكيمي، مبادرة مقاضاة المتعاقد معها أمام القاضى العادى او اذا، كمدعى عليها، امتثلتوبرافعت في الموضوع أمام هذا القاضي لكن يكفى اذن استنتاج التخلى من هذه الظروف بدون ان نسأل شرط التحكيم .

ولذلك نعتقد عدم املاء أية قاعدة في هذا المجال تنتج التخلى من مجرد امضاء الدولة لشرط التحكيم وتكون اكثر ضيقا مقتصرة مثلا هذا التخلى على التصرفات الوحيدة التي ترتبط بالتحكيم .

فبدل من وضع قاعدة عامة، فانه يبدو لنا محبذا مساءلة كل شرط تحكيم نظرا لمضمونه الخاص والارادة الخاصة المعبرة فيه .

———o———

المطلب الثاني : حصانة الدول التنفيذية و شرط التحكيم .

ان الحصانة التنفيذية غالبا ما تثار بعد ان يصدر القرار التحكيمي و تثار بالضرورة ، كما هو الحال بالنسبة للحصانة القضائية أمام القضاة الدولانيين. ان المشكل هو، بالفعل، معرفة ما اذا كان القرار الصادر من طرف المحكمة التحكيمية محروم من الاثر عندما يكون الشخص الذى يدينه دولة — غير ان هذا القرار يعد بمثابة نهاية الاجراء التحكيمي و نهاية المهمة التي من أجلها عين المحكمون، فهو يقضى تنحية و ابعاد هؤلاء، و من ثم اما ان يقبل الطرفان تنفيذه و يقوما بالخدمات الواقعة على عاتقهما و اما ان يكون التنفيذ الودى مستحيلا ويقتضى اذن اللجوء الى التنفيذ الجبرى الذى لا يصدر الا من طرف المحاكم و السلطات الدولانية ، و في هذه المرحلة و فقط أمام هذه السلطات تحتج الدولة بحصانتها .

لقد ثبت ان التخلى عن حصانة التنفيذ يكتسى نفس الميزات المفروضة في التخلى عن الامتياز القضائى فيجب اذن ان يكون واضحا خاليا من الابهام وخاصا (252)

و في ميدان التحكيم لا يوجد أى سبب يبرر الخروج على هذه القاعدة . فعلا ادى الاصل العقدى للتحكيم تارة بالفقه و القضاء(253) الى تشبيه القرارات التحكيمية بالعقود العادية بمعنى ان قرار المحكمين ينتج كأى عقد، و على عاتق الشخص الذى يدينه، الالتزام بالتنفيذ الذى تخضع له الدولة و المتعاقد معها على حد سواء .

---

(252) عن بوريل — المرجع السابق — ص 136.

(253) بوريل — المرجع السابق — ص 136.

غير ان هذا التشبيه بالعقود محل نظر (254) ففي كل الفرضيات ، اذا توجب القبول ان الدولة الاجنبية الطرف في الاتفاقية التحكيمية ، تلتزم بتنفيذ القرار ، فيجب اثبات ان هذا العقد يساوى تخليا عن اثارة حصانة التنفيذ. ان الطابع العقدى لقرار التحكيم لا يغير اذن من معطيات المشكل الذى يبقى يدور حول معرفة ما اذا كان وجود التحكيم يحد من صرامة قواعد التخلى عن الحصانة التنفيذية .

فعند اصدار الحكم سوف نصطدم باستحالة تنفيذه لكون أن اموال الدولة الاجنبية مثلا لا تقبل الحجز ورغم الاعتقاد ان التنفيذ على أموال الدولة الاجنبية يتنافى مع المعاملة بين الدول ومع استقلال وسيادة الدولة (255) . لكن الفقه تردد بذلك، وقال ان اذا كان تنفيذ الحكم يتنافى مع سيادة الدولة الاجنبية فهل ان عدم تنفيذ الحكم لا يتنافى مع سيادة الدولة التي صدر فيها الحكم (256) . وبقيت الحال هكذا ولم يوجد اتجاه واضح في القضاء .

وفي حكم أصدرته المحكمة الابتدائية الكبرى بباريس تساءل السيد (برينو أو بتيت) عما اذا لم يستحسن، في ميدان التحكيم، أن ((يلين)) مفهوم التخلى عن حصانة التنفيذ . فاستقرار العلاقات الاقتصادية ومبدأ حسن النية في تنفيذ العقود تتطلب التخلى عن الحصانة . ومن الناحية الواقعية يبدو مدهشا موقف الدولة التي قبلت بالاجراء العقدى أن ترفض تنفيذ القرار الصادر ضدها ويجب الا تسمح لها الحصانة التنفيذية بانكار التعهد بالخضوع لقضاء المحكمين

---

(254) انظر روبرت _ المرجع السابق _ ص 224 و 225 .
انظر ايضا _ فومار _ المرجع السابق _ ص 7 و 8 .

(255) فحسب القضاء الفرنسي يعتبر باطلا الحجز الذى يقع على اموال الدولة الاجنبية ولا يمكن ان ينتج اى اثر.
Cass. : 22/01/1849 S.1849.1.81.
Cass. Civ. 5/5/1885. S : 1886.1.353

(256) Weiss: Compétence ou incompétence des tribunaux à l'égard des Etats étrangers. Recueil des cours 1923. Tome I. P. 525.

بل و أيضا بانكار النتيجة المنطقية لهذا الخضوع ، و هي تنفيذ القرار الذى اصدرته المحكمة التحكيمية .

و اعترف السيد (اوبتيت) مع ذلك بأن الاستنتاج الآلي للتخلي الضمني من مجرد ارادة اخضاع المنازعة للمحكم يعتبر استنتاجا جريئا .

و منذ عام 1903 اصدرت محكمة النقض البلجيكية حكما جاء فيه(257): ((حيث أنها (الحصانة) لا تنطبق عندما لا تكون السيادة معنية ، حيث ان السيادة غير موجودة الا في التصرفات السياسية للدولة ، لكن و حيث ان الدولة لا يمكنها الانطواء فقط في دورها السياسي ، و من أجل احتياجات المجموعة يمكنها كسب وامتلاك أموالا ، التعاقد ، ان تصبح مدينة أو دائنة و يمكنها حتى ممارسة التجارة ، وان في تسيير هذا الميدان و هذه المصالح ، لا تتصرف الدولة كسلطة عامة لكن تتصرف كما يتصرف الافراد و من ثم فهيّ تتصرف كشخص مدني و خاص)) .

ان هذا الجهد للتقليص من الحصانة القضائية ،قد اتبع ، رغم ذلك بنوع من الحذر الدبلوماسي في بلجيكا ليس فيما يخص الاختصاص بل فيما يخص تنفيذ الاحكام

Pillet : traité de droit International, tome I, P. 373.
=Prud'homme : Determination de la juridiction Competente à l'égard des letiges nés à l'occasion des contrats conclus entre Etats et ressortissants d'un autre Etat. Clunet 1926, P. 311.

(257) هامش 245.

بحيث ان المحكمة في الحكم المذكور قد بتت في الموضوع ولم تنطق بأي اجـــراء قهري ضد الدولة الاجنبية ، ويؤول فقط نظرا لقوة الحكم الاخلاقية ، يمكن للدولــة البلجيكية الحصول ببساطة ، عن الطريق الدبلوماسي ، من الدولة المعنية ، ان تخضــع وان تنفذ هذا الحكم اراديا (258) هذا وهناك حكم آخر (259) يبـــين ان قضاة محكمة الاستئناف الفرنسية ليسوا مستعدين للقيام بمثل هذه الجـــرأة بينما الأمر الصادر من طرف المحكمة الابتدائية قد بدا أنه استنتـــج تخليا ضمنيــا عن الحصانة التنفيذية بقبول الدولة الايرانيــة لشرط التحكيم ، وطرحت محكمـــة باريس للاستئناف المبدأ المخالف الذي يقضي ((ان النص على شرط التحكـــــيم لا يؤدي بنفسه الى التخلي عن الحصانة التنفيذية التي تنتـــج الا من تصرفـــات تظهر بصفـــة غير مبهمـــة ارادة التخلي . . .)) (260)

وهذه الصيغة لا تعني بطبيعة الحال ان التخلي عن الحصانة التنفيذيـــة غير ممكن ، فهي تعني فقط ان قبول الدولة الاجنبية لاختصاص محكمة التحكيم لا يدل على ارادتها في الخضوع لأوامر القضاة بمناسبة تنفيـــذ القرار التحكيمي الصادر . وهذا الخضوع لا ينتج الا من نص خاص يعبره ولو ضمنيا ، عن ارادة أكيدة لا ريـــب فيها تدل أن الدولة تريد ذلك ، وعند عدم وجود مثل هذا النص ، فالحصانـــــة لا تمنح الا لمن أثارها . (261)

---

(259) محكمة باريس للاستئناف: 21/ 4/ 82 ، قضية الجمهورية الاسلامية الايرانية ، للاستثمارات والمساعدات الاقتصادية والتقنية (O.I.A.E.T.I.) والمنظمة الايرانية للطاقة الذرية ضد / شركات اروديف وصوفيديف و محافظة الطاقة الذرية ـ مجلــة التحكيم ، 1982 ، 2 ، ص 206 .

(260) مجلة التحكيم 1982 ، ص 138 .

(261) بوريل ـ المرجع السابق ـ ص 138 .

و هكذا وكما هو الحال في ميدان الحصانة القضائية ، فان وجود اتفاقية تحكيمية بين الطرفين لا يسمح بافتراض هذا التخلى .

غير أن حكما آخر (262) استطاع استنتاج التخلى من بروتوكول الاتفاق المبرم بين الطرفين بعد صدور القرار التحكيمي و طبقا لهذا البروتوكول قبلت الدولة الاجنبية بدفع مبلغ من المال الى دائنها تسديدا ((اجماليا و نهائيا)) لدينها، و بالنسبة للمحكمة ، تشكل الوثيقة تعهدا ضمنيا بدون شك، لكن أكيدا من الدولة بتنفيذ القرار، و من ثم بالتخلى عن حصانتها، مما يسمح لها (للمحكمة) بايقاف الاجراء على رفع اجراءات الضغط حتى تبرير تنفيذ بروتوكول التسوية من قبل الطرفين .

و اذا كان يمكن تبرير هذا الحكم نظرا لظروف القضية ، فان القضاء بصفة عامة غالبا ما يتشدد في الاستنتاج الضمنى للتخلى عن الحصانة التنفيذية (263) بل ان القضاء الفرنسى نذهب الى ابعد من ذلك و طبق مبدأ الحصانة التنفيذية حتى على الاجراءات التحفظية (264) .

---

(262) Tribunal de grande instance de Paris : 12/09/78. Clunet 1979 P. 857, note B. OPPETIT.

(263) ان القضاء السويسرى مثلا يقف عند مبدأ الحصانة القضائية حتى بالنسبة للمنازعات الناتجة بمناسبة تصرفات القانون الخاص ، غير ان اعتدال تشريعى حصل في هذا البلد فيما يتعلق بامكانية الانتقال الى اجراءات التنفيذ على اموال مملوكة للدولة الاجنبية و مثل هذه الاجراءات ليست ممكنة الا باذن من المجلس الفدرالى - انظر شارل كرابييه - المرجع السابق - ص 450 .

(264) Jurisclasseu droit International : Fasc. 581 E N° 186.

أنظر أيضا قضية الجماهيرية العربية الليبية ضد شركة ليامكو الامريكية ، مجلة التحكيم ، 1980 ، ص 109 وما بعدها .

غير أن القضاء المذكور قد عدل عن هذا الاتجاه[265] واستخرج معيـــارا من طبيعـــة أو من تخصيص الاموال التي يقع عليها الحجز. ففي هذا الحكم قبلت المحكمة العليا امكانية التميز بين الاموال العامة و الاموال الخاصة ، و تسمح لنـا المحكمة هكذا بفهم ان الحصانة التنفيذية يمكن استبعادها في القضية لو كـــان أصل أو هدف الاموال المحجوزة محددا .

و آخر حكم لنفس المحكمة قد أخذ ايضا بنفس المعيار . و على خلاف القرارات السابقة التي اكتفت بالاحتياط بامكانية استبعاد الحصانة التنفيذية نظرا لأصـــل ولهدف الاموال ، بدون الذهاب الى حد الاذن للدولة باثارة هذا الامتيــاز أيد هذا الحكم محكمة الاستئناف في رفضها للدفع بعدم الاختصاص الذى أثاره شخـص معنوى عام بمناسبة طلب لتصحيح الحجز الواقع على أموال موجودة لدى بنك فرنسى لحساب صندوق التأمينات الجزائرى بسبب ان ((الاموال التي تقع تحت تصرف هذه الهيئة تتميز على الاموال المملوكة للدولة الجزائرية .[266]

(265) Cass. Franc. du 11 /02/ 1969. AFF. Englender C/Banque de l'Etat tchecoslovaque. Clunet 1969, P 923 note P. Kahn

(266) Cass. Franc du 7 /12/ 1977. Aff. caisse d'assurance vieillesse des non salariés (C.A.V.N.O.S.) C/Caisse nationale des barreaux français. R.C.D.I.P. 1978 - P 532 et SS. Note P.BOUREL.

المبحث الثاني : تدويل العقد المتضمن لشرط التحكيم .

ان التقنيات القانونية القديمة و خاصة عقد الامتياز أصبحت لا تتلاءم مع المعطيات الحديثة للمجتمع الدولي وخاصة منذ أن اصبحت دول العالم الثالث تطالب بصفة مستمرة بسيادتها على مواردها الطبيعية . وفي ظل هذه الظروف اتجهت جهود الدول المتطورة الى البحث عن تقنيات جديدة تبعد بمقتضاها العلاقات التعاقدية على هيمنة الدول النامية . وعدم وجود تقنية استبدال مقبولة من كلا الطرفين اصبح اللجوء الى تدويل العقد لابعاده عن هيمنة القانون الوطني ضروريا .

ان هذا الاتجاه قد نجم من ممارسات " العقود الاقتصادية الدولية " فالمحاكم التحكيمية قد لعبت دورا هائلا في تدويل العقود نظرا لعدم وجود قواعد خاصة بالعقود الاقتصادية .

لقد سبق أن رأينا قراري ارامكو و تكزاكو كلازياتيك(267) كيف وصلا الى ابعاد القانون الوطني لكل من المملكة العربية السعودية و الجماهيرية العربية الليبية بسبب جنسية الطرفين المختلفة وو جود عناصر أجنبية في العقد (قضية أرامكو) أو بسبب ان العقد المبرم بين دولة أو شخص أجنبي يشبه المعاهدة الدولية (تكزاكو كلازياتيك) .

أما في قضية سافير(268) فاعتقدت المحكمة أن ((الشركة الاجنبية التي ساعدت ماليا و تقنيا الدولة الايرانية يجب أن تحمى من التغييرات التشريعية التي

---

(267) هامش 158.

(268) Annuaire Suisse de droit international 1962 - P 283 cité par M. ISSAD - colloque d'Alger 1976 - OPECIT - P 189.

تعيد النظر في روح العقد كما يجب ان يضمن لها نوعا من الأمن القانوني ، وهذا ما لا يتوفر عند تطبيق القانون الايراني الذى تستطيع الدولة الايرانية ان تغيره كيفما تشاء . . . انه لفي صالح الطرفين ان تستبعد النازعات عن معرفة القوانين الوطنية . . .))

أما في قضية شيخ أبي ظبي ، فقد استبعد المحكم المرجح قانوني الطرفين : قانون أبو ظبي بسبب الطابع القديم للقانون و العدالة في هذه ((المنطقة البدائية)) و القانون الانجليزي لانه لا يجد أي مبرر لتطبيقه . غير أنه طبق في النهاية هذا القانون الاخير لان الطرفين، حسب المحكم ، قد رفضا تطبيق كل قانون داخلي لصالح " تطبيق المبادئ المغروسة في التفكير السليم و العمل المشترك لمجموع الامم المتمدينة ، أي نوع من القانون الطبيعي الحديث (269) . وان القانون الانجليزي يبدو للمحكم القانون الذى تتوفر فيه مميزات التفكير السليم علاوة على أنه مشترك بين الامم المتمدينة .

أما في قضية حكومة قطر، فقد اقتصر المحكم المرجح ، نظرا لسكوت العقد عن القانون الواجب التطبيق على القول بأن الطرفين قد اتفقا على ابعاد تطبيق القانون الوطني واخضاع علاقاتهما ل((العدالة ، الانصاف و الضمير الحسن)) .

و ما يمكن ملاحظته في هذه القرارات المعروفة و التي بتت في القانون الواجب التطبيق لم تستعمل حجج قانونية مقنعة لابعاد القوانين الوطنية فكان

---

(269) لقد أخذنا هذه الامثلة من كتاب القانون الدولي و التنمية . ملتقى الجزائر لسنة 1976 ـ محند ايسعد ـ المرجع السابق ـ ص 190 .

الطابع البدائى للنظام القانونى للدولة (ابوظبي) ارادة الطرفين المفترضة (قطر) أو الأمن القانونى (سافير) . فلا ندرى كيف قرر المحكمون في تدويل العقود بينما النظام القانونى الدولى لم يكن مستعدا لاستقبال هذا التدويل. وبالفعل بعد ان تم ((دفع)) هذه العقود في النظام الدولى بدأ الكلام عن نظام قانونى خصوصي متميز عن الانظمة القانونية الموجودة ، النظام الداخلى و النظام الدولى ، و الذى يشكل نظاما ثالثا(270) .

غير أن اذا تم الدفاع بقوة عن هذا النظام الثالث ، فان محتواه بقى ضعيفا غير واضح وغير مؤكد(271) . فكان الامر يتعلق بالدفاع بالدرجة الاولى عن صالح الشركات العابرة للحدود الوطنية و خضوعها لقانون غير القانون الوطنى .

و ابتداء من الخمسينات و بالضبط بعد التأميمات الايرانية لسنة 1951(272) فكر الحقوقيون في اعادة تغيير بعض قواعد القانون العام و القانون الخاص من أجل ضمان سريان مفعول القاعدة القديمة المتمثلة في ((أمن المبادلات)) التي تبرم بين الدولة و المؤسسة الخاصة . و بقى الاعتقاد أن الدولة أقوى من المؤسسة و تستطيع أن تفرض ارادتها بل و تغيره على حساب المؤسسة الاجنبية ، في توازن العقد ، فاتجهت الجهود اذن الى ((افقاد جنسية)) العلاقات التعاقدية.(273)

---

(270) أحمد صادق القشيرى : الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذى يحكم العقود الدولية – المجلة المصرية للقانون الدولى – 1965 . ص 68 وما يتبعها .

(271) B. GOLDMAN : La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage international - réalité et perspectives. 1979 - P 476 et SS.

(272) يسعد : ملتقى الجزائر 1976 – المرجع السابق – ص 189 .
(273) يسعد: المرجع السابق – ص 189 .

و الحقيقة أن هذه الوضعية لم تخطر في بال أوساط الاعمال الدولية عند ما كانت حكومات الدول المنتجة ضعيفة ولا تمارس أية رقابة على استغلال موارد ها فكانت الشركات صاحبة الامتياز بعيدة عن الخطر ولم يعارض أحد لا في الفقه ولا في القضاء على خضوع هذه العقود للقانون الوطني (274) ، بل ان القضاء الدولي في 1929 قد حكم في هذا الاتجاه (275) .

و يجب الاعتراف في النهاية ان التدويل له سببه في سوء تحرير شروط التحكيم التي تتضمن البت اما من طرف محكم مفوض بالصلح و اما تطبيق للمبادئ العامة للقانون واما السكوت عن القانون الواجب التطبيق مما يسمح للمحكم في كل الحالات بتدويل العقد (276) .

---

(274) A.S. EL KOSHEIRE : Stabilité et évolution dans les techniques juridiques utilisées par les pays en voie industrialisations. in le contrat économique international. Journées d'études juridiques - Paris Pedon 1975, P 288.

(275) هاش 170.

(276) انظر لاليف ـ المرجع السابق ـ ص 597 الى 646.

انظر كذلك فوشار ـ المرجع السابق ـ مجلة القانون الدولي ص 400 ـ 401.

الخـــــاتمـة

ان تطور التحكيم في العلاقات الاقتصادية الدولية قد " خلق " قواعد قانونية مادية خاصة به تجاوز الى حد كبير " الممنوعات " التى تتوفر في القانون الداخلى .

و الحقيقة ان هذا التطور لا يمنع من اصطدامه بالقوانين الداخلية التى تعتبره كاجراء استثنائى يجب ان يحاط بأكبر قدر من الضمانات . و لذا نجد أن هذه النصوص غالبا ما تلجأ الى فكرة النظام العام المرنة لضرب التحكيم .

ان حظر النصوص القانونية لطلب التحكيم على الاشخاص المعنوية العامة يصبح لا معنى له اذا تم هذا التصرف في الخارج بحيث يخضع في أغلب الاحيان لقانون الضبط الاجنبي ، بالاضافة الى ذلك أن هذه النصوص المذكورة لم تعد تعبر عن الوسط الذى ولدت فيه وعن الهيكلة الاقتصادية التي تنتج فيها آثارهـــا ، فالدولة ((الدركى)) التي كانت تقتصر على النشاطات الكلاسيكية للمرفق العـــام تغلغلت اليوم في النشاط الاقتصادى و لم تعد بحاجة الى حماية تزيد عن الحماية الواجبة للافراد العاديين، بل ان الحياة العملية تكشف عن عدم مطابقة هذه النصوص للواقع . فالكثير من العقود المبرمة مع المتعاملين الاجانب تتضمن شروطا تحكيميـــة ، أضف الى ذلك ان الحجج المقدمة لتبرير هذا الحظر باتت ضعيفـــة بحيث أن كون السلطة القضائية هي الوحيدة التي يمكنها تقديم الحماية اللازمـــة للاشخاص المعنوية العامة أمرا ليس حاسما اذا كانت الاجراءات التحكيمية تتضمن الضمانات الكافيـــة لذلك .

و يعتبر شرط التحكيم مركز الثقل لموءسسة التحكيم بكاملها . وعندما يراد اعادة النظر في التحكيم تتجه المهاجمة ضد شرط التحكيم وعندما يراد تشجيـــع

كما رأينا ذلك بالنسبة لقرارات تحكيمية دولية لان الغرف التحكيمية غالبا ما تكون متورطة مي الوسط السياسي و الاقتصادي الذي يقع فيه فتنحاز للقوى على حساب الضعيف .

ان هذا التورط في المناخ السياسي يجرنا الى التفكير في خلق غرفة تحكيمية في الجزائر للبت في المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية و يدعم وجهة النظر هذه هو أن الجزائر تعتبر من اكبر الممولين للغرفة التجارية الدولية نظرا لعدد المنازعات المطروحة أمامها .

و في انتظار انشاء مثل هذه الغرفة يطلب من المتعاملين العموميين الاحتياط باكبر قدر ممكن من الضمانات كالابتعاد عن صيغة المحكم المفوض بالصلح ، الحفاظ على القواعد والاجراءات المتبعة أمام المحاكم و النص عليها صراحة في شرط التحكيم و تحرير هذا الاخير بصورة واضحة يظهر فيه القانون الواجب التطبيق على الموضوع وعلى الاجراءات التحكيمية بصفة لا تترك للمحكم المدعو للبت في المنازعة حرية كبيرة في التفسير .

المراجـــــع :

أولا : باللغـة العربيـة ٠

أ ـ المؤلفـــــات ٠

ـ محمد حسنين ـ الوجيز في نظرية الالتزام ـ الجزائر 1983٠
ـ عبد الرزاق السنهوري ـ الوسيط في شرح القانون المدني ٠الجزء الأول ـ طبعة 1952 ـ دار احياء التراث العربي ـ بيروت ـ لبنان ٠
ـ عبد الرزاق السنهوري، ـ نظرية الالتزام بوجه عام ـ الابتات ـ اثار الالتزام ـ الجزء الثاني ـ دار احياء التراث العربي ـ بيروت ـ لبنان ٠
ـ حسن كيرة ـ المدخل للعلوم القانونية ـ الطبعة الخامسة ـ منشأة المعارف الاسكندرية ـ 1974٠

ب ـ المقـــالات والبحــوث ٠

ـ أحمد صادق القشيري : الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذى يحكم العقود الدولية ـ المجلة المصرية للقانون الدولي ـ 1965٠

ثانيا : باللغة الاجنبية

ا = المؤلفات

- BATTIFOL H : Droit international privé . 5° édition, tome II 1971, Paris LGDJ

- BENCHENE .A : Mécanismes juridiques dans les relations commerciales de l'Algérie - OPU, 1984

- CARABIBER. Ch : l'arbitrage international de droit privé, Paris 1960

CARABIBER Ch : Les juridictions internationales de droit privé, Paris 1947

- CAVARE l: le droit international public, Paris 1969

- DEBEYRE : La responsabilité de la puissance publique en France et en Belgique thèse lille 1936

- DELAUBADERE. A : traité de droit administratif, tome 1 7° édition, Paris LGD) 1980

- DEPAGE. H : Traité élémentaire de droit civil belge, tome 1, 1948

- EL SAYED. L'organisation des pays exportateurs de pétrole Paris 1967.

- FOUCHARD P : L'arbitrage commercial international Paris 1965

- GRECH G : Précis de l'arbitrage commercial traité pratique sur la clause compromissoire et les chambres arbitrales - Paris 1964

- ESSAD. M : Droit international Privé
  - I les règles de conflits, O.P.U. 1980
  - II - Les règles matérielles, O.P.U., 1983

- JACQUET. J.M. : Principe d'autonomie et contrats internationaux.. Paris 1983.

- KAHN (Ph) : Vente Commerciale internationale. Thèse Dijon 1961

- LOUSSOUARN (Y) et BREDIN (J.D.) : Droit du Commerce international. Paris 1969.

- MAHIOU. A. : Cours d'institutions administratives - 3ème édition O.P.U. 1983.

- MENTALECHTA M. : L'arbitrage Commercial en droit Algérien. O.P.U. 1983.

- MOTULSKY H. : Ecrits - Etudes et notes sur l'arbitrage - Dalloz 1974.

- OPPETIT. B. : Droit du Commerce international - Presse universitaire de FRANCE - Paris 1977.

- RIGAUX. F. : Droit public et droit privé dans les relations internationales. Paris Pedon 1977.

- ROBERT. J. : Arbitrage Civil et Commercial. 1967.

- ROUSSEAU. Ch. : Droit international public. Precis dalloz 1970.

- TERKI. H. : Sociétés étrangères en Algerie. O.P.U. 1976

- ZAHI. A. : L'Etat et l'arbitrage. O.P.U. - Publisud.

ب = المقالات والبحوث .

- BALLADORE PALLIERE. G : L'arbitrage dans les rapports internationaux - Recueil des cours 1935, Vol 51, t I, P. 291.

- BATTIFOL. H: la sentence aramco et le droit international privé Rév. Crit. droit international privé, 1964, 53, P. 647.

- BENSALAH. T: Note sur le procotocole relatif à la création d'un organe judiciaire au sein de l'OPAEP. A.F.D.I. 1980, P 293.

- BOUREL. P: L'arbitrage international et l'immunit des Etats étrangers. A propos d'une jurisprudence récente. Rév. Arts. 1982 2, P. 119.

- CLERE. J.J. : l'Arbitrage révolutionnaire. Apogée et déclin d'une institution (1790 - 1806) Rév. Arb. 1981, 1, P 4

- CARABIBER. Ch: Le concept des immunités de juridiction doit-il être revisé, et dans quel sens , Clunet 1952, 2, P 440

- CARABIBER Ch : L'arbitrage international entre gouvernements et particuliers. Recueil des cours 1950, I, P. 221

- DE LAPRADELLE A: La saisie des fonds russes à BERLIN Rév. Crit. doit international privé, 1910 P. 75 et 780

- DELAUME. GR : La convention pour le règlement des différents relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats Clunet 1966, P. 26.

- DELAUME. GR : Le C.I.R.D.I. Clunet 1982, 4 P. 775

- DELAUME. GR : L'arbitrage transnational et les tribunaux américains Clunet, 1981, 4 P. 788

- DERAINS. Y ; l'application cumulative par l'arbitre des systèmes de conflits de lois intéressées au litige Rév. Arb. 1972, 3, P. 101

- EL AHDAB . A: L'arbitrage en Arabie Saoudite. Rév. Arb. 1981, 2, P 239

- EL KOSHEIRI. A:A. Stabilité et évolution dans les techniques juridiques utilisées par les pays en voie d'industrialisation, in le contrat économique international, Paris, Pedone 1975 P 285

- EISEMAN : La situation actuelle de l'arbitrage commercial international entre Etats ou entités étatiques et personnes physiques et morales de droit privé Rév Arb 1975, P 279.

- FOUCHARD. Ph : L'arbitrage international en FRANCE après le décret du 12 Mai 1981- Clunet 1982, 2, P 374.

- FOUCHARD . P: Quand un arbitrage est il international Rév. Arb. 1970, 2, P 59

- FOUCHARD. P: Les travaux de la C.N.U.D.C.I. Le règlement d'arbitrage clunet, 1979, 4, P 816.

- FAGISTAS. Ch : Arbitrage étranger et arbitrage international en droit privé Rév. Crit. droit International Privé, 1960, P1.

- FRANCE' C KIS. P: Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire après l'arrêt "HECHT" Rév. Arb. 1974, N°2

- FREYRIA : C: Les limites de juridiction et d'exécution des Etats étrangers. Rév. Crit. droit International Privé, 1951, P 207.

- GIARDINA. A: l'exécution des sentences arbitrales du C.I.R.D.I., Rév. Crit, droit Inter-Privé 1982, 2, P 273.

- GOLDMAN. B: Des problèmes spécifiques de l'arbitrage international Rév. Arb. 1980, 2, P 323

- GOLDMAN. B: La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage international Réalitéé et perspectives clunet, 1979, 3, P 475.

- HANAK. S : Chronique de jurisprudence tchecoslavage clunet, 1966, P 879.

- ISSAD. M: Les techniques juridiques dans les accords de développement économique P. 181 in droit international et développement - Actes du coll q international tenu à Alger du 1 au 14 Octobre 1976 OPU 1978.

- ESSAD. M: L'arbitrage en Algérie. Rév. Arbitrage 1977, n° 3

- Klein F.E.: Autono ie de la volonté et arbitrage Rév. Crit. Droit international Privé 1958, 47, P. 255

- LALIVE. P. A: Problèmes relatifs à l'arbitrage commercial international. Recueil des cours 1967, I, V. 120, P. 573

- LALIVE J.F: Un grand arbitrage pétrolier entre un gouvernement et deux sociétés privées étrangères Clunet 1977, 2, P. 319

- LEREBOURG Pigeonnière. P: A propos du contrat international Clunet 1951, 1, P 4

- jurisclasseur procédure civile article 1003 à 1028

- MAHIOU A: continuité ou rupture en droit algérien 20° Anniversaire P 107

- MIAILE M: Contribution à une réflexion sur l'entreprise socialiste algérienne Rév Alg Sci Jur Pol Eco Vol IV, 3, Sep. 1972 P. 653.

- OPPETIT. B: Arbitrage et contrats d'Etat - L'arbitrage Framatome et autre C/ Atomic Energy Organisation Of. Iran Clunet 1984, P. 37

- PRUD'HONNE/ A: Détermination de la juridiction compétente à l'égard des litiges nés à l'occasion des contrats conclus entre Etats et ressortissants d'un autre Etat, clunet 1926, P. 311

- RIGAUX. F: Des dieux et des Héros Reflesion sur une sentence arbitrale. Rév. Crit. Droit International Privé , 1978, 3, P. 435.

- RIVERO. J: Personnes morales de droit public et arbitrage. Rev. Arb. 1973, 4, 264

- ROUHANI. F: Accords et contrats internationaux dans le domaine du pétrole. Rev. de l'institut français du pétrole 1963 P. 941

- STERN. B: Trois arbitrages, un même problème, trois solution, Rév. Arb. 1980, 1, P. 3

- STORME : M: L'arbitrage entre personne de droit public et personnes de droit privé. Rev. Arb. 1978, 2, P. 113.

- TRACHENBERG. B: L'immunitéé judiciaire de l'Etat et les représentations commerciales de l'URSS à l'étranger. Rev. Crit. droit International Privé, 1931, 26, P. 757.

- Union académique international. Dictionnaire de la terminalogie du droit international Privé Paris Sirey 1960.

- VANDENBERG. A.L.: L'arbitrage commerciale en Amérique Latine. Rev. Arb. 1979, 2, P. 136

- VERHORVEN. J: Contrats entre Etats et ressortissants d'autres Etats - in le contrat économique international. Journées d'études juridiques - Bruxelles et Pedone Paris 1975, P. 115

- VERHOVEN. J : Traités ou contrats entre Etats. Sur les conflits de lois en droit des gens - Clunet 1984, P. 5

- VLACHOS. G.S: Le régime juridique des entreprises publiques en Algérie; Rev. Alg. Sci. Jur. Pol. Eco Vol X, n° 2, 1972 P. 471

- WEISS. Ch. A : Compétence ou incompétence des tribunaux à l'egard des Etats étrangers. Recueil des tours 1923, I, P. 525.

- ZOUREK. J: Quelques observations sur les difficultés rencontrées lors du règlement judiciaire des différents nés du Commerce entre les pays à structures économiques et sociales différents. Clunet 1959, 3, P. 638.

: القوانـين والمراسـيم ٠

أ - القـوانـين ٠

- قانون رقم 62-157 مؤرخ في 31 ديسمبر 1962 والذي يهدف الى مواصلة التشريع السارى المفعول بتاريخ 31 ديسمبر 1962 الجريدة الرسمية - عدد 2 سنة 1963٠

- أمر رقم 66-154 مؤرخ في 8 يونيو 1966 يتضمن قانون الاجراءات المدنية ٠ الجريدة الرسمية ٠ عدد 47 ٠ سنة 1966٠

- أمر رقم 67-90 مؤرخ في 17 يونيو 1967 يتضمن قانون الصفقات العمومية ٠ الجريدة الرسمية عدد 52٠ سنة 1967٠

أمر رقم 69-107 مؤرخ في 31 ديسمبر 1969 يتضمن قانون المالية لسنة 1970 الجريدة الرسمية عدد 110 سنة 1969٠

- أمر رقم 70-06 مؤرخ في 26 يناير 1970 والمتضمن انشاء الوكالة الوطنية لتوزيع وتحويل الذهب والمعادن الثمينة الاخرى ٠ الجريدة الرسمية عدد 8 ٠ سنة 1970٠

- أمر رقم 71-24 مؤرخ في 12 افريل 1971 يتضمن تعديل الأمر رقم 58-4٠ مؤرخ في 22 ديسمبر 1958 والمتعلق بالبحث عن الوقود واستغلاله ونقله بواسطة القنوات وبالنظام الجبائى الخاص بهذه النشاطات - الجريدة الرسمية عدد 30٠ سنة 1971٠

- أمر رقم 71-74 مؤرخ في 16 نوفمبر 1971 يتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات ٠ الجريدة الرسمية عدد 101٠ سنة 1971٠

- أمر رقم 73-25 مؤرخ في 5 يوليو 1973 يتضمن المصادقة على الاتفاق الجزائرى الدانوى المتعلق بتقديم قرض للجزائر بتاريخ 20 مارس 1973 الجريدة الرسمية صفحة 556 سنة 1973٠

- أمر رقم 74-99 مؤرخ في 15 نوفمبر 1974 يتضمن المصادقة على الاتفاق الجزائرى السنغالى المتعلق بالنقل الجوى المبرم بتاريخ 10 يوليو 1974٠ الجريدة الرسمية عدد 97٠ سنة 1974٠

- أمر رقم 75_17 مؤرخ في 27 فبراير 1975 يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بانشاء البنك الاسلامي للتنمية الموقعة بجدة في 12 غشت 1974 • الجريدة الرسمية عدد 22 سنة 1975 •
- أمر رقم 75_18 مؤرخ في 27 فبراير 1975 يتضمن المصادقة على الاتفاق الجزائري الغيني المبرم بتاريخ 5 فبراير 1975 والمتعلق بالنقل الجوي والموقع بمدينة الجزائر • الجريدة الرسمية عدد 23 سنة 1975 •
- أمر رقم 75_23 مؤرخ في 29 ابريل 1975 • يتضمن القانون الاساسي النموذجي للمؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي • الجريدة الرسمية عدد 38 سنة 1975 •
- أمر رقم 75_44 مؤرخ في 17 يونيو سنة 1975 يتعلق بالتحكيم الاجباري لبعض الهيئات • الجريدة الرسمية عدد 53 • سنة 1975 •
- أمر رقم 75_59 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون التجاري • الجريدة الرسمية عدد 101 سنة 1975 •
- قانون رقم 78_02 مؤرخ في 11 فبراير 1978 يتعلق باحتكار الدولة للتجارة الخارجية • الجريدة الرسمية عدد 7 • سنة 1978 •
- قانون رقم 84_16 مؤرخ في 30 يونيو سنة 1984 يتعلق بالاملاك الوطنية الجريدة الرسمية عدد 27 سنة 1984 •

ب _ المراسيم :

- مرسوم 63_294 مؤرخ في 2 غشت 1963 يتضمن المصادقة على الاتفاق الجزائري المغربي المتعلق بالنقل الجوي المبرم بتاريخ 30 مارس 1963 • الجريدة الرسمية عدد 58 • سنة 1963 •
- مرسوم 63_364 مؤرخ في 14 سبتمبر سنة 1963 • يتعلق بنشر اتفاق جزائري فرنسي يتعلق بالتحكيم وبملحق مبرم في باريس بتاريخ 26 يونيو 1963 • الجريدة الرسمية عدد 67 مكرر سنة 1963 •
- مرسوم 65_287 مؤرخ في 18 نوفمبر 1965 • المصادق على الاتفاق الجزائري الفرنسي بتاريخ 1965/7/29 • الجريدة الرسمية عدد 95 سنة 1965 • والجريدة الرسمية رقم 98 سنة 1965 •

ـ مرسوم رقم 82ـ145 مؤرخ في 10 ابريل 1982 ينظم الصفقـــــات التي يبرمها المتعامل العمومي عدد 15 سنة 1982.

جـ ـ القــوانين الأجنبيـــة :

ـ مرسوم 80ـ254 بتاريخ 80/05/14 · والمتعلق بالتحكيم ·الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية صفحة 1228 سنة 1980·

ـ مرسوم 81ـ500 بتاريخ 81/05/12 · والمتعلق بالتحكيم الدولي · الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية بتاريخ 16 ماي 1981·

—8—

الفهـــرس

رقم الصفحة

مقدمـــة : أ

الفصل التمهيدي : مفهوم وطبيعـــة شرط التحكيم 1

ـ المبحث الاول : مفهـــوم التحكـــيم 1
ـ المطلب الاول : التحكيم الدولـــي 4
ـ البنــد الاول : اجـراءات التحكيم الدولي 4
ـ البنــد الثاني : موضوع التحكيم الدولي . 6
ـ المطلــب الثاني: التحكـــيم الاجنبـــي . 11
ـ المبحث الثاني : تعريف شرط التحكيم وطبيعته القانونية 16
ـ المطلب الاول : تعريـــف شرط التحكيم 16
ـ البنــد الاول : طابع المنازعة الاحتمالي المبينة في شرط التحكيم 17
ـ البنــد الثانى : طابع التسوية التحكيمى المبين في شرط التحكيم 18
أولا : الطبيعة الالزامية لشرط التحكيم 18
ثانيا : طابع الهيئة غير القضـائي . 19
ـ المطلب الثاني : الطبيعة القانونية لشرط التحكيم 21
ـ البنــد الاول : شرط التحكيم عقد ابتدائي . 21
ـ البنــد الثانى : شرط التحكيم عقــد كامل 23
ـ المطلب الثالث: اتفـــاق التحكـــيم 25
ـ البنــد الاول : شكـــل اتفاق التحكيم 25
أولا : حصول اتفاق التحكيم أمام المحكمين 25
ثانيا : حصول اتفاق التحكيم في عقد رسمي 26
ثالثا : حصول اتفاق التحكيم في عقد عرفـي . 26
ـ البنــد الثانى : مضمـــون اتفـــاق التحكـــيم 27
أولا : تعيين موضوعات المنازعة 27
ثانيا : تعيين اسماء المحكمـين 28
ثالثا : البيانات الأخـــرى 29

رقم الصفحة

الباب الأول

نطاق تطبيق شرط التحكيم و شروط صحته

الفصل الأول : نطاق تطبيق شرط التحكيم 32

ـ المبحث الاول : مدى قدرة الدولة و الاشخاص المعنوية العامة على طلب التحكيم . 32

ـ المطلب الاول : أساس الحظر 33

ـ البند الاول : اسباب استحالة طلب التحكيم 33

أولا : الاسباب القانونية 33

ثانيا : الاسباب الموضوعية 35

ـ البند الثاني : تقييم أسباب استحالة طلب التحكيم . 38

أولا : تقييم الحجج القانونية 38

ثانيا : تقييم الحجج الموضوعية . 41

ـ المطلب الثاني : ميدان تطبيق حظر الاتفاق على طلب التحكيم 45

ـ البند الاول : الاستثناءات الواردة على مبدأ الحظر . 45

ـ البند الثاني . تطبيق التحكيم بواسطة الاتفاقيات الدولية . 47

ـ المبحث الثاني : قدرة المؤسسات العامة الاقتصادية على طلب التحكيم . 53

المطلب الاول : ماهية المؤسسة العامة الاقتصادية 53

ـ البند الاول : النظام المالي للمؤسسة العامة الاقتصادية 54

ـ البند الثاني : النظام القانوني لاموال المؤسسات العامة الاقتصادية . 56

ـ المطلب الثاني : عدم انطباق الحظر على المؤسسة العامة الاقتصادية . 57

رقم الصفحة

الفصل الثاني : شروط صحة شرط التحكيم 59

ـ المبحث الاول : بطلان شرط التحكيم 59

ـ المطلب الاول : أصل بطلان شرط التحكيم 61

ـ البند الاول : أسباب البطلان 61

ـ البند الثاني : تقييم اسباب بطلان شرط التحكيم 63

ـ المطلب الثاني : صحة شرط التحكيم بالنسبة للاعمال التجارية . 64

ـ المبحث الثاني : شروط صحة شرط التحكيم في الميدان الدولي . 67

ـ المطلب الاول : وجوب كون العقد دوليا . 67

ـ البند الاول : العقد الاقتصادي الدولي ليس عقدا خاصا 70

ـ البند الثاني : العقد الاقتصادي الدولي ليس معاهدة دولية . 74

ـ المطلب الثاني . قابلية المنازعة للتحكيم . 78

الباب الثاني

استقلالية شرط التحكيم واثاره

الفصل الأول : استقلالية شرط التحكيم . 82

ـ المبحث الاول : عدم بطلان شرط التحكيم عند بطلان العقد الاساسي . 83

ـ المطلب الاول : تولية المحكم بالنظر في اختصاصه وفي المنازعة . 84

ـ المطلب الثاني : الظروف الاستثنائية التي تؤدي الى بطلان شرط التحكيم . 92

ـ المبحث الثاني : امكانية خضوع شرط التحكيم لقانون آخر غير القانون الواجب التطبيق على العقد الاساسي . 98

رقم الصفحة

الفصل الثاني : اثار شرط التحكيم 104

- المبحث الاول : التنازل عن الحصانة القضائية والحصانة التنفيذية . 104
- المطلب الاول : حصانة الدول القضائية وشرط التحكيم . 106
- المطلب الثاني . حصانة الدول التنفيذية وشرط التحكيم . 115
- المبحث الثاني : تدويل العقد المتضمن لشرط التحكيم 121
- الخاتمة . 125
- الملحقات . 129